مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

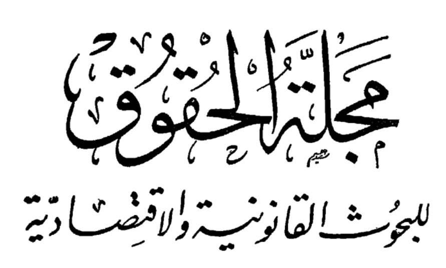
تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



السنه الرابعة عشرة (١٩٦٩)

العددان الثالث والرابع



للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الرابعة عشرة ١٩٦٩
العددان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٦٩

فهـــــرس

صفحة

علاقة القانون باللائحة « دراسة مقارنة »

للدكتور محسن خليل ٣

نظام المسئولية العقدية « نظرة انتقادية »

للدكتور عبد الرحمن عياد ٨٧

حجية القرار الصادر بأن لاوجه لاقامة الدعوى الجنائية بالنسبة الى المجنى عليه

للدكتور حسن صادق المرصفاوى ١٣١

فى أن التأليف للتدريس غير خاضع لضريبة

للأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ١٣٩

اصطلاح الأحوال الشخصية

الدكتور سمير عبد السيد تناغو ١٧٣

التعليق على الأحكام « ضرائب »

للأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه ٢١١

Nomination et Enterainement du Personnel Penitentiaire
RAMSES BEHNAM 3

Hernia as an Industrial Accident
GEORGE S. EL-ASSAL 11

علاقة القـــانون باللائحة

دراسة مقارنة

للدكتور محسن خليل

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

إذا كان لموضوع علاقة القانون باللائحة أهمية تدفع إلى البحث فى الوقت الحاضر ، فان ذلك يرجع بصفة خاصة إلى الدستور الفرنسى الحالى للجمهورية الخامسة الذى عمل على تغيير المعانى والموازين التقليدية فى هذا الصدد على نحو لم يسبقه أى نظام آخر .

فلقد طغى على الفكر التقليدى الذى ساد منذ الثورة الفرنسية ذلك المعيار العضوى للتمييز بين القانون واللائحة ، على الرغم من مناداة البعض بالمعيار الموضوعى .

وهكذا اعتبر القانون طبقاً للمعيار العضوى الغالب أنه العمل الناتج عن الهيئة التشريعية وفقاً للاجراءات المنصوص عليها فى هذا الخصوص ، واعتبرت اللائحة من قبيل القرارات الإدارية ما دامت صادرة عن السلطة الادارية .

والعلاقة التقليدية بين اللائحة والقانون يحدد نطاقها مبدأ سياسى ألا وهو مبدأ فصل السلطات . فاذا كان للدولة وظائف ثلاث تتمثل فى وظيفة تشريعية وتنفيذية وقضائية ، فإنه يجب أن توزع هذه الوظائف المختلفة على هيئات مستقلة تتولى كل منها احداها . وهكذا تباشر السلطة التشريعية مهمة الوظيفة التشريعية ، بينما تباشر السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ التشريع لا تقريره .

على أنه إزاء تعذر الأخذ بمبدأ فصل السلطات على نحو مطلق ساد المفهوم النسبي لهذا الفصل ، وتقرر تبعاً لذلك حق السلطة التنفيذية فى التشريع فى مجالات معينة وعلى نحو معين .

وإذا كان هذا المفهوم النسبي لا يخل بالمبدأ ذاته ، فانه يكون من الطبيعي أن تقرر المجالس التشريعية ما تشاء من القواعد القانونية ويكون لها فى ذلك الحرية التامة فى جميع المجالات ما دام أنها تمارس اختصاصها الأصيل ووظيفتها الأساسية التى تتمثل فى حق التشريع .

كما يكون من الطبيعي أن تتصف أعمال الهيئة الأصيلة عند ما تقوم بمباشرة وظيفتها الطبيعية بالعلو والسمو عما عداها من أعمال الهيئات الأخرى عندما يسمح لهم استثناء بمباشرة وظيفة الهيئة المختصة الأصيلة .

وهكذا يضيق مجال اللائحة على اعتبار أنها تشريع فرعى أعطى إلى هيئة لا اختصاص لها كأصل عام فى هذا الميدان ، كما يتحقق تبعية هذا التشريع الفرعى للتشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية الأصيلة . ذلك أنه من البديهى أن تحترم القاعدة القانونية ما يعلو عليها من قواعد .

ويتحقق بالتالى نظام قانونى يتميز بالمنطق والتماسك فى البنيان التشريعى . إذ يظهر ما يسمى بالبنيان التشريعى المتدرج الطبقات الذى يضع كل طبقة تشريعية فى مكانها الصحيح بالنسبة للأخرى ، بحيث يتعين على كل منها أن توافق ما يعلوها حتى نصل إلى نهاية السلم التشريعى . مما يؤدى إلى ضرورة موافقة اللائحة للقانون وتبعيتها له .

وبصدور الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ ، اهتز الكيان السياسى والتشريعى التقليدى السابق بيانه . ودل على هذا الاهتزاز أن علاقة القانون باللائحة قد تغيرت تغيراً جذريا عما كان مقرراً قبل الدستور الفرنسي الحالى .

فلقد قلب الدستور الفرنسى الجديد العلاقة التقليدية التى كانت تربط اللائحة بالقانون حتى تغيرت تلك الرابطة تغيراً تاماً .

فاذا كانت القاعدة التقليدية السابقة على دستور ١٩٥٨ تقرر الاختصاص المطلق للبرلمان فى ميدان الوظيفة التشريعية بحيث يحق له أن يقرر ما يشاء من التشريعات العادية ، وتقرر بالتالى دائرة معينة محددة للسلطة التنفيذية لا يمكن تجاوزها فى ميدان التشريع . عمل الدستور الفرنسى الحالى على التجديد فى هذا الخصوص على نحو لم يسبق له مثيل ، إذ قرر توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية ، حتى غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة فى ميدان التشريع وأصبح اختصاص البرلمان فى هذا الميدان محدداً على سبيل الحصر (١). وبذلك أصبحت السلطة التنفيذية المشرع العادى (٢)، وغدت السلطة التشريعية المشرع الاستثنائى ، حتى اعتبر جانب من الفقه أن اللائحة هى الأصل والقانون هو الاستثناء فى ميدان التشريع (٣).

ودليل ذلك أن المادة ٣٤ من هذا الدستور قد حددت نطاق القانون، بأن عددت وعينت على سبيل الحصر ما يختص به البرلمان من المسائل فى ميدان التشريع ، بحيث لا يجوز له التشريع فى غير ذلك من الموضوعات. ثم قررت المادة ٣٧ من الدستور أن باقى المسائل الخارجة عن نطاق القانون تصدر بها لوائح من السلطة التنفيذية .

وهكذا انطلق نطاق اللائحة فى ميدان التشريع ،وانكمش نطاق القانون فى هذا الصدد . كما تغير مدلول مبدأ علو القانون على اللائحة ، مادام أن هذه الأخيرة قد غدت القاعدة العامة فى ميدان التشريع وأن الأول قد أصبح الاستثناء .

وأعلن الفقه أنه «لا يمكن الآن فى مثل هذا الوضع أن نتكلم عن العلو

---

(١) Vedel : Droit administratif 3e édit. 1964 P. 33.

Rivero : Droit administratif 3e èdit. 1965. P. 59.

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. 1963. P. 72.

(٢) A. Hauriou : Droit constitutionnel et institutions politiques. 1966. P. 750.

(٣) Duverger: Institutions politiques et droit constitutionnel.8e édit 1965. P. 612.

المطلق للقانون على اللائحة ، فالحقيقة هى الاستقلال بين القانون واللائحة، وذلك فى النطاق الذى عينه الدستور لكل منهما (١)» .

كما قرر جانب من الفقه أن البعض قد اعتقد نتيجة ذلك أن القانون فقد قوته وعلوه على اللائحة بأن ارتفعت هذه الأخيرة إلى مصاف القانون وتحررت بالتالى من تلك التبعية التقليدية . إذ كيف يمكن تحقق هذه التبعية «ولا يوجد قانون فى ميدان اللوائح التى تصدر تبعاً للمادة ٣٧ ، فحيث لا توجد قاعدة عليا لا توجد قاعدة تابعة (٢) » .

والحقيقة أن الوضع الفرنسى الجديد يكشف عن دلالة واضحة عن مدى ما أصاب الفكر السياسى والقانونى من تطور .

فلقد فقد مبدأ فصل السلطات معناه التقليدى بعد أن أصبحت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة فى ميدان التشريع . كما فقد مبدأ التدرج التشريعى مدلوله التقليدى بعد أن تحررت اللوائح من تبعيتها المطلقة للقانون .

وانتهى الحال إلى تغير مدلول القانون ، فهو لم يعد تلك القاعدة القانونية التى يقررها البرلمان.ذلك أن «اقرار البرلمان لم يعد الشرط الأساسى ولا الشرط الكافى لكى نكون أمام قانون » (٣) . وأصبح من المتعذر الاستناد إلى المعيار العضوى لتعريف القانون وضرورة الاستناد إلى المعيار الموضوعى فى هذا الخصوص . وهكذا «أفسحت الفكرة العضوية أو الشكلية مكانها للفكرة المادية أو الموضوعية » (٤) لكى نصل إلى تعريف للقانون .

على أنه يحق التساؤل عما إذا كان الوضع الفرنسى الجديد يثير التخوف الذى أثاره جانب من الفقه حتى أعلن البعض «انهيار القانون فى ظل دستور

---

(١) Waline : Droit administratif 9e édit. 1963 P. 134.

(٢) Chapus : De La soumission au droit des réglements autonomes. D. 1960, chr. P. 126.

(٣) Waline : Les rapports entre la loi et le réglement avant et après la constitution de 1958. R.D.P. 1959. 709.

(٤) Waline : Article cité. P. 709.

الجمهورية الخامسة» (١) وبأن «المادتين ٣٤ ، ٣٧ من الدستور تكشفان عن تنظيم للفوضى دون قيد أو شرط» (٢) .

أعلن الفقيه Waline أنه عندما كان « فى اللجنة الاستشارية الدستورية فى أغسطس عام ١٩٥٨ حارب بعنف ولكن دون جدوى نص المادة ٣٧» ولكنه بعد تفكير «يقرر أن النظام الجديد يتصف بميزة التناسق والمنطق»(٣).

ولما كان من المتعذر أن نتخذ موقفاً معيناً من موضوع علاقة اللائحة بالقانون إلا بعد التعرض لهذا الموضوع من جميع جوانبه .

فإنه يتعين أن نبحث هذه العلاقة فى ظل المبدأ التقليدى ، ثم نتبع ذلك بدراسة الوضع الجديد الذى عمل الدستور الفرنسى للجمهورية الخامسة على إرساء قواعده .

وإذا كانت دساتير الدول العربية قد عملت على تقرير الوضع التقليدى بالنسبة لعلاقة القانون باللائحة ، فان دستور المملكة المغربية الصادر فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٦٢ قد نبذ هذا الوضع مقرراً الوضع الفرنسى الجديد الذى أرسى دعائمه دستور ١٩٥٨ .

فلقد جارى دستور المملكة المغربية الوضع الفرنسى إلى حد يشبه التطابق فى ميدان علاقة القانون باللائحة . فتشبهاً بدستور ١٩٥٨ عمل الدستور المغربى على توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية حتى غدت هذه السلطة الأخيرة صاحبة الولاية العامة فى ميدان التشريع. وأصبح اختصاص البرلمان محدداً على سبيل الحصر ، وذلك لأول مرة بالنسبة لدساتير الدول العربية .

---

(١) Paul Durand: La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République: Juris classeur Périodique 1959. P. 1470.

(٢) Morange: La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 Octobre 1985. D. chr. 1959. P. 26.

(٣) Waline : Article cité P. 706.

المبحث الأول

علاقة القانون باللائحة فى ظل الوضع التقليدى

عملت الثورة الفرنسية على تقرير مبدأ سياسى كان له أكبر الأثر على الفكر القانونى . هذا هو مبدأ سيادة الأمة .

فلقد نصت وثيقة اعلان حقوق الانسان التى أقرتها الجمعية الوطنية عام ١٧٨٩(١) على مبدأ سيادة الأمة ، بأن قررت فى فقرتها الثالثة أن «الأمة هى مصدر كل سيادة ، ولايجوز لأى فرد أو هيئة ممارسة السلطة إلا على اعتبار أنها صادرة منها » . وتمشياً مع وثيقة اعلان الحقوق ، نص الدستور الفرنسى الصادر فى ٣ سبتمبر عام ١٧٩١ فى الباب الثالث منه فى المادة الأولى والثانية على أن «السيادة وحدة واحدة غير قابلة للانقسام ولا للتنازل عنها ولا للتملك بالتقادم وهى ملك للأمة » وأن «الأمة هى مصدر جميع السلطات ». (٢) .

ولما كانت السيادة للأمة ، فانه يتعين اختيار من يعبر عن هذه السلطة الآمرة العليا . وإذا كانت الهيئة النيابية هى وحدها التى تمثل الأمة وهى التى تعبر عن إرادتها ، اعتبر القانون أنه « تعبير عن تلك الارادة العامة» (٣) أى المعبر عن إرادة الأمة وحدها .

وساد مبدأ علو القانون فى الفكر التقليدى على اعتبار أنه من نتائج مبدأ سيادة الأمة . فاذا كان البرلمان هو الذى يمثل الأمة ويعبر عن إرادتها ، فإنه يعلو عما عداه من الهيئات الأخرى بحيث تسمو إرادته المعبرة عن إرادة

---

(١) أنظر نص وثيقة اعلان حقوق الانسان :

Laferrière : Manuel de droit constitutionnel. 2e édit. P. 46 — 47.

(٢) Laferrière : O.C.P. 371.

(٣) Vedel : Manuel élémentaire de droit constitutionnel 1949. P.131.

الأمة عن إرادة من عداه (١) . الأمر الذى يحتم علو البرلمان على السلطة التنفيذية وسمو القانون على اللائحة وخضوع هذه الأخيرة ، حتى تصبح «تحت رحمة القانون» (٢) .

ولقد تميز مبدأ علو القانون على اللائحة بخاصيتين تقليديتين أساسيتين :

— **من ناحية النطاق** : حيث يكون للهيئة التشريعية أن تقرر ما تشاء من القواعد القانونية ولها فى ذلك الحرية التامة فى جميع الحالات . وبذلك يتميز مجال القانون بالانطلاق بحيث لا يمكن منعه من التشريع فى أى موضوع ، مع تخصيص نطاق معين له لا يمكن لغيره أن يطرقه .

هذا بخلاف اللائحة حيث يضيق نطاقها، بحيث يتحدد فى دائرة معينة محددة لا يمكن تجاوزها .

— **من ناحية التبعية** : إذا كان القانون يعلو أى عمل آخر ، فانه يتعين أن تتبع اللائحة القانون وتعمل فى دائرته بحيث لا يجوز لها أن تخالفه أو تخرج عن أحكامه .

وإذا كان البرلمان هو الذى يمثل الأمة ويعبر عن إرادتها ، طغى على الفكر التقليدى ذلك المعيار العضوى للتمييز بين القانون واللائحة .

فالقانون هو «كل قاعدة صادرة عن الهيئات التشريعية متخذة فى ذلك الشكل التشريعى » (٣) فهو العمل الناتج عن الهيئة التشريعية وفقاً للاجراءات المنصوص عليها فى هذا الخصوص ، بينما تعتبر اللائحة من قبيل القرارات الادارية ما دامت أنها صادرة عن السلطة الادارية .

---

(١) Waline: Les rapports entre la loi et règlement avant et aprés la constitution de 1958. R.D.P. 1959 P. 701.

(٢) Pierre Stillmunkes : La classification des actes ayant force de loi en droit public.français : R.D.P. 1964 . P. 264.

(٣) Carré de Malberg : Contribution à la théorie générale de l'Etat. T.I.P. 285.

وساد المعيار العضوى فى الفكر القانونى التقليدى ، على الرغم من مناداة البعض بالمعيار الموضوعى الذى يقرر بأن النظام القانونى يفترض وجود مجموعة من المراكز القانونية تنقسم إلى مراكز شخصية ومراكز عامة وفقاً لطبيعة العمل القانونى الذى قد يكون عملا ذاتيا يتعلق بالمراكز الأولى أو عملا موضوعياً يتعلق بالمراكز الثانية . مما يؤدى إلى اعتبار اللوائح من قبيل الأعمال التشريعية، ما دام أنها تقرر قواعد عامة مجردة تطبق على الكافة أو على طائفة دون تحديد أو تعيين لأشخاص بالذات .

وإذا ساد مبدأ سمو القانون كنتيجة من نتائج مبدأ سيادة الأمة ، عمل مشرعو الثورة الفرنسية على التمسك بمبدأ فصل السلطات على نحو مطلق .

فكان أن نص دستور ٣ سبتمبر عام ١٧٩١ فى مادته السادسة على منع السلطة التنفيذية من حق التشريع بتاتاً، وذلك بحرمانها من التدخل فى ميدان التشريع بأى صورة من الصور . فالوظيفة التشريعية تقع على «الجمعية الوطنية التشريعية » وحدها ، بينما تقع الوظيفة التنفيذية على الملك والوزراء .

وسار دستور ٢٢ أغسطس عام ١٧٩٥ (١) على خطى الدستور السابق، وذلك باعتناقه مبدأ الفصل المطلق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حيث يقع على السلطة الأولى وحدها حق التشريع .

اللوائح التنفيذية : إزاء عيوب مبدأ الاستقلال المطلق بين السلطات ، ظهرت الحاجة إلى ضرورة التلطيف من شدة المبدأ السابق . فكان دستور العام الثامن من الجمهورية الصادر فى ١٥ ديسمبر عام ١٧٩٩ الذى كان أول من عمل على التلطيف من حدة مبدأ منع السلطة التنفيذية من التدخل فى ميدان التشريع .

---

(١) تألفت جمعية نيابية عرفت باسم "Convention" قامت بوضع دستور عام ١٧٩٣ الذى عرف بإسم الدستور الجبلى "Constitution Montagnarde" إلا أن هذا الدستور لم ير النور إذ ظل دون تنفيذ ، وكان ذلك بناء على قرار الجمعية النيابية الصادر بتاريخ ٥ اكتوبر عام ١٧٩٣ بإرجاء تنفيذ هذا الدستور .

فلقد نصت المادة ٤٤ من هذا الدستور على أن «تقترح الحكومة القوانين وتقوم بوضع الأوامر اللازمة لتنفيذها » . وبذلك ظهرت اللوائح التنفيذية التى يكون للسلطة التنفيذية حق اصدارها تنفيذاً لأحكام القانون .

وعند قيام دستور عام ١٨١٤ عند عودة ملكية البوربون ، نصت المادة ١٤ على أن «للملك حق اصدار الأوامر اللازمة لتنفيذ القوانين اللازمة لأمن الدولة إذا ما تعرضت سلامتها للخطر ». وعلى ذلك يبدو أن الاختصاص التشريعى للسلطة التنفيذية الممثلة فى الملك قد توسع بعض الشىء ، إذ يحق لها علاوة على اصدار اللوائح التنفيذية اصدار لوائح أو أوامر أمن الدولة إذا ماتعرضت سلامتها للخطر . وعلى أساس هذا الحق قام شارل العاشر باصدار أوامر يولية عام ١٨٣٠ التى حدت من حرية الصحافة وغيرها والتى كانت من أسباب قيام الثورة عليه عام ١٨٣٠ وعزله من العرش(١).

وإزاء ذلك رجعت الدساتير الفرنسية اللاحقة إلى ميدان اللوائح التنفيذية التابعة لتنفيذ القوانين ، بأن منحت السلطة التنفيذية الحق فى ضمان «تنفيذ القوانين » سواء أعطى هذا الحق لرئيس الدولة (كما هو الحال فى ظل النظام الدستورى لسنة ١٨٧٥) أو لرئيس الحكومة (كما تقضى بذلك المادة ٤٧ من دستور ١٩٤٦) .

وهكذا كان «تنفيذ القوانين هو النطاق الوحيد الذى لايتغير للسلطة اللائحية» بحيث لم يكن لهذه السلطة أدنى حق خاص فى التشريع استقلالا (٢) .

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها فى اصدار اللوائح التنفيذية من الدستور ذاته الذى ينص على حقها فى ذلك . ويكون للسلطة التنفيذية هذا الحق سواء عهد القانون إليها بذلك أم التزم السكوت (٣) .

---

(١) Laferrière : O.C.P. 170, 184.

(٢) De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. R.D.P. 1959. P. 245 — 256.

(٣) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administraif 3e édit. P. 67

وينفذ القانون دون انتظار صدور اللائحة التنفيذية ، اللهم إلا إذا علق القانون ذاته نفاذ أحكامه على صدور تلك اللائحة أو كان من المتعذر عملا تنفيذ أحكام القانون بغير صدور لا ئحته التنفيذية (١) .

وإذا كانت اللوائح التنفيذية تأتى بالأحكام التفصيلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين بحيث يتعين عليها التزام حدود القانون الذى تفصله دون الغاء أو تعديل أو تعطيل لأحكامه ، فانه لا يمكن لهذه اللوائح أن تتضمن أحكاماً أصلية جديدة أو تزيد شيئاً لم ينص عليه القانون الذى تستند عليه . هذا وإن كان البعض يرى (٢) أنه يمكن للوائح التنفيذية اضافة بعض الأحكام التى تتفق وأحكام القانون ذاته ، ذلك أن هذه اللوائح تعمل على تنفيذ أحكام القانون سواء الصريحة منها أو الضمنية علاوة على تنفيذ الغرض الذى يهدف القانون تحقيقه .

اللوائح المستقلة : ابتدأ نطاق اللائحة يتسع بعض الشىء ويتحرر عن نطاق تنفيذ القوانين ، وابتدأ هذا التحرر والاتساع فى الظهور منذ أواخر القرن التاسع عشر .

وظهرت ذلك بالنسبة لبعض اللوائح المستقلة التى أجيز اصدرها على الرغم من عدم اتصالها بقانون معين أو على مقتضى نص فى القانون يجيز هذا الاصدار .

وكان ذلك بالنسبة للوائح الضبط التى تعمل على حفظ النظام العام أى الأمن والسكينة والصحة العامة . فاذا قام رئيس السلطة التنفيذية باصدار لوائح عامة بشأن تنظيم سير السيارات فى الطرق العامة دون الاستناد إلى نص قانونى ، فان ذلك يدخل فى اختصاص رئيس الدولة «بمقتضى سلطاته الذاتية

(١) Waline : Traité élémentaire de droit administratif 6e édit. P. 40 — 41.

(٢) Michel Mouskhéli : La loi et le règlement 1943. P. 66 et S.

التى يحق بمقتضاها اتخاذ كافة اجراءات الضبط الادارى التى تطبق فى جميع الأحوال تطبيقاً عاماً شاملا فى جميع أنحاء الدولة (١) » .

كما ظهرت تلك اللوائح المستقلة فى نطاق آخر غير نطاق الضبط الادارى ، وهو الخاص بالتنظيم الداخلى للمرافق العامة الذى قرره مجلس الدولة الفرنسى منذ عام ١٩٠٦(٢). وتطبيقاً لذلك أعلن المجلس الفرنسى فى أحكام عديدة حق الوزراء فى اصدار اللوائح اللازمة لتنظيم المرافق التابعة لهم حتى يتحقق حسن سير العمل فى المصالح والادارات التابعة لهم، وذلك دون الاستناد إلى نص قانونى معين يعطيهم الحق فى هذا التنظيم (٣) .

وإذا كانت اللوائح المستقلة لا تستند على قانون معين ، فان الفقه قد أجاز للسلطة التنفيذية حق اصدارها على أساس التفسير العرفى للنصوص الدستورية . هذا العرف الدستورى المفسر الذى يعتبر سند السلطة التنفيذية فى اصدار اللوائح المستقلة (٤) .

ولما كان العرف المفسر يعمل على تفسير نصوص الدستور وتحديد معناها وإيضاحها ، فهو لا ينشىء قاعدة قانونية جديدة بل «يعتبر جزءاً من الدستور المدون الذى يفسره ويكون له ذات القيمة القانونية التى تكون للدستور » (٥) .

---

(١) وهو الحكم الذى أصدره مجلس الدولة بمناسبة اللائحة التى أصدرها رئيس الجمهورية عام ١٨٩٩ بشأن تنظيم سير السيارات فى الطرق العامة :

C,E. 8 Août 1919, Labonne, Rec. P. 737.

(٢) C.E. 4 Mai 1906, Babin, S. 1908. 3. 110. conclus. Romieu.

(٣) Waline : Droit administratif. 9e édit. P. 121.

حيث أورد الفقيه الكثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد .

وأنظر كذلك :

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. R.D.P. 1959 P. 254.

(٤) Laferrière : La coutume constitutionnelle et son rôle et sa valeur en France. R.D.P. 1944. P. 20 et S.

(٥) Duverger : Manuel de droit constitutionnel et de Science politique. 5e édit. P. 201.

المراسيم بقوانين التفويضية : إزاء ما جرته الحرب العالمية الأولى من صعوبات اقتصادية ، ظهرت الحاجة إلى ضرورة تلطيف مبدأ فصل السلطات أكثر من ذى قبل . فلم يعد يكفى فى هذا الخصوص قصر حق السلطة التنفيذية على تنفيذ القوانين أو على إصدار اللوائح المستقلة التى تتمثل فى لوائح الضبط ولوائح التنظيم الداخلى للمرافق العامة ، إذ ظهرت الحاجة إلى ضرورة تجنب تعقيد العملية التشريعية البرلمانية التى تؤدى إلى تأخير التشريع عن الحد المعقول . وهو ما يمكن تحققه بتوسيع الاختصاص التشريعى للسلطة التنفيذية بالنسبة لبعض الموضوعات الهامة التى لا تحتمل تأخير وبطء سير العملية التشريعية داخل البرلمان .

وهكذا بدأ تطور جديد فى مفهوم الفصل النسبى بين السلطات، وفى الفكر السياسى التقليدى. وكان ذلك بظهور قوانين التفويض "Lois d'habilitation" أو قوانين السلطة التامة "Lois de pleins pouvoirs" حيث يسمح البرلمان للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتشريع فى بعض الموضوعات ولمدة معينة بواسطة لوائح عرفت باسم المراسيم بقوانين "Décrets-lois" .

وتحقق ظهور قوانين التفويض أو قوانين السلطة التامة منذ أعوام الحرب العالمية الأولى وخاصة منذ عام ١٩٣٧ .

فلقد أصدر البرلمان عام ١٩١٦ و١٩١٨ قوانين التفويض تحت اسم قوانين السلطة التامة بالنسبة لموضوعات خاصة بالرسوم الجمركية . كما ظهرت هذه القوانين بين الحربين العالميتين بمناسبة مواجهة الأزمات النقدية وما تمليه من ضرورة اتخاذ بعض التشريعات السريعة لاصلاح الحالة المالية فى البلاد . فكان أن ظهرت الكثير من التشريعات الحكومية استناداً على تفويض البرلمان عام ١٩٢٤ ، وعام ١٩٢٦ فى عهد حكومة "Poincaré" وعام ١٩٣٤ ، ١٩٣٥ فى عهد حكومة "Laval" .

ثم ظهرت معارضة شديدة لقوانين السلطة التامة حتى رفض البرلمان الموافقة عليها عام ١٩٣٧ . ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد فى هذا العام

منتصرة على معارضيها،وكان ذلك بقانون ٣٠ يونية عام ١٩٣٧ . واستمرت هذه القوانين بعد ذلك فى الصدور فى السنوات التالية تأكيداً على استقرارها وثباتها فى الحياة القانونية الفرنسية (١) .

ولقد واجهت قوانين التفويض معارضة شديدة من مقتضاها أنه لا يجوز للبرلمان أن يتنازل عن وظيفته التشريعية إلى السلطة التنفيذية . ذلك أن الوظيفة التشريعية ليست بحق يمكن لصاحبه أن يتنازل عنه سواء على نحو كلى أو جزئى،ولكنها عبارة عن اختصاص عهد به الدستور إلى الهيئة التشريعية التى لا يمكن لها التنازل عنه أو أنابته لهيئة أخرى وإلا اعتبر ذلك مخالفة لماقررة الدستور ذاته فى أمر تنظيم وتوزيع الاختصاص . وبلغ من عداء البعض لقوانين التفويض أن أعلن أنها تدل على أن مبدأ « المشروعية قد أصبح فى عطلة» (٢) .

وسادت قوانين التفويض طوال الجمهورية الثالثة رغم المعارضة الشديدة لها ورغم عدم استنادها إلى نص دستورى معين . ذلك أن النظام الدستورى قد التزم السكوت بالنسبة لمراسيم التفويض شأنها فى ذلك شأن اللوائح المستقلة التى ظهرت وتقررت فى ظله . وهكذا إستندت المراسيم بقوانين بدورها إلى العرف الدستورى الذى اعتبره الفقه أساس وجودها (٣) .

وأتى دستور ١٩٤٦ الفرنسى الذى لم ينظر بعين الإرتياح إلى قوانين السلطة التامة ، فكان أن نصت المادة ١٣ على أن الجمعية الوطنية « تقرر القوانين وحدها ولا تملك تفويض هذا الحق » .

وإزاء الاختلاف على تفسير نص المادة السابقة ، طلبت الحكومة من مجلس الدولة الفرنسى إبداء رأيه فى مدى حق الحكومة فى إصدار المراسيم

---

(١) Bonnard : Précis de droit administratif. 4e édit P. 294 — 295.

(٢) هذا الوصف أورده «Léon Blum» وهو ما ذكره الفقيه Waline فى مقاله السابق الاشارة اليه فى مجلة القانون العام ص ٧٠٣ .

(٣) Waline : Les rapports entre la loi et le réglement avant et après la constitution de 1958. R.D.P. 1959. P. 703.

بقوانين التى من شأنها تعديل أو الغاء تشريعات قائمة . ولقد قرر المجلس فى فتواه أن هناك بعض الموضوعات التى تتميز بصفة تشريعية ، على خلاف بعض الموضوعات الأخرى التى لا تتميز بهذه الطبيعة . فالمسائل الأولى هى التى تكون من اختصاص البرلمان وحده وذلك بأن يقرر المشرع الدستورى أو العرف الدستورى ضرورة تنظيمها بقانون،ومن ثم فلا يمكن التشريع فيها إلا بقانون يصدره البرلمان ولا يمكن بالتالى التفويض فى مثل هذه المسائل . أما بالنسبة للموضوعات الأخرى التى لا تتصف بطبيعة تشريعية حيث لم ينص المشرع الدستورى أو العرف الدستورى على ضرورة تنظيمها بقانون ، فإن المشرع ولو أن له حق التشريع فيها إلا أنه يملك إعطاء السلطة التنفيذية الحق فى ذلك ، ومن ثم يجوز التفويض فى مثل هذه الموضوعات . على أنه يجب أن يكون هذا التفويض من الدقة والتحديد حتى لا يؤدى إلى تنازل البرلمان عن ممارسة وظيفته الأصلية للسلطة التنفيذية (١) .

وتطبيقاً لفكرة (المسائل التشريعية بطبيعتها) حيث يتعين أن يعالج البرلمان وحده هذه المسائل بقوانين من عنده دون إمكان التفويض فيها ، على خلاف الموضوعات غير التشريعية حيث يجوز التفويض فيها لدخولها فى النطاق اللائحى التشريعى . صدر الكثير من القوانين التى عملت على توسيع قائمة التفويض .

وهكذا بدأ المعيار العضوى أو الشكلى فى تحديد مدلول القانون واللائحة — الذى يعتنقه الفكر التقليدى كأصل عام— فى التغير ، لبروز المعيار الموضوعى أو المادى الذى ينظر إلى الصفة التشريعية والطبيعة اللائحية ودخول ذلك إلى حيز التطبيق (٢) .

وإذ إستقر مبدأ التفويض فى ظل الجمهورية الرابعة بالرغم من نص

---

(١) Avis du Conseil d'Etat: R.D.P. 1953. P. 170. — 171.
Donnedieu de Vabres : L'article 13 et les décrets — lois. D. 1953. chr. P. 137.

(٢) Waline : article cité. P. 704 — 705.

المادة ١٣ من دستور سنة ١٩٤٦ ، صدرت الكثير من القوانين التفويضية التى تعطى للسلطة التنفيذية حق التشريع بمراسيم لها قوة القانون بحيث يكون لهذه السلطة الأخيرة حق تعديل أو الغاء القوانين القائمة (١) . هذا مع ملاحظة تقييد قانون التفويض للسلطة التنفيذية بالتشريع فى مسائل معينة بالذات وخلال فترة لا يجوز تجاوزها ، بحيث تعرض هذه المراسيم على البرلمان بعد إصدارها للموافقة عليها .

وإذ صدرت الكثير من قوانين التفويض : كالقانون الصادر فى ١٧ أغسطس عام ١٩٤٨ (٢) ، والقانون الصادر فى ١١ يوليو عام ١٩٥٣ (٣). وقد صدرا بمناسبة تفويض السلطة التنفيذية بالتشريع لمواجهة إصلاحات بعض المسائل الاقتصادية والمالية ، إنبرى الفقه لبيان الطبيعة القانونية للمراسيم بقوانين التى تصدرها السلطة التنفيذية فى هذا الخصوص ، وإن كان الفقه قد واجه ذلك قبل صدور قوانين التفويض هذه .

وتدور مشكلة بيان طبيعة المراسيم بقوانين حول مسالتين : هل هى قرارات إدارية ، وإذا كانت كذلك فكيف يمكن لها تعديل والغاء القوانين : أم هى أعمال تشريعية ، وإذا كانت كذلك فكيف يمكن للسلطة التشريعية أن تفوض أعمال التشريع إلى السلطة التنفيذية .

ولقد قرر الأستاذ "Rolland" (٤) المسألة الأولى ، وذلك بتقرير أن المراسيم بقوانين لا تخرج عن كونها قرارات إدارية ويمكن لها مع ذلك

---

(١) De Laubadère : "Des pleins pouvoirs" aux "demi décrets-lois" D. 1952. chr. P. 35 et S.

(٢) Donnedieu De Vabres : Decrets lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 Août 1948. D. 1949. chr. P. 5 et S.
Roger Pinto : La Loi du 17 Août 1948 tendant au redressement économique et financier. R.D.P. 1948. P. 517. et S

(٣) René Chapus : La loi d'habilitation du 11 Juillet 1953 et la question des décrets — lois. R.D.P. 1953. P. 954 et S.

(٤) Rolland : R.D.P. 1924. P. 42 et S.

تعديل القوانين القائمة أو إلغائها . ويتأتى ذلك أن البرلمان حينما يفوض السلطة التنفيذية بتعديل أو إلغاء بعض القوانين فانه ينزع عن هذه القوانين صفة القوانين ، ويحولها بالتالى إلى مجرد مراسيم طوال فترة التفويض . الأمر الذى يمكن معه تعديل القوانين التى نزلت إلى مرتبة المراسيم ، بمراسيم أخرى صادرة عن السلطة التنفيذية بمقتضى التفويض الصادر إليها من البرلمان . ولقد عرفت هذه النظرية فى الفقة الفرنسى باسم "Délégalisation".

على أنه لا يمكن التسليم بوجهة النظر السابقة(١). إذ كيف يمكن للبرلمان أن ينزع عن بعض القوانين صفتها ، وهل له أن يدنى أعماله التشريعية الصادرة عنه وينزلها من مرتبة القانون إلى مرتبة المرسوم ؟.

كما وأن هذه النظرية تتجاهل حقيقة ثابتة وهى أن المراسيم من عمل السلطة التنفيذية لا التشريعية ، الأمر الذى لا يمكن معه أن يضفى البرلمان على أعمال صادرة منه صفة المراسيم وينزلها دهذه المنزلة . كما وأن هناك دليلا ثابتاً على تعذر قبول وجهة النظر السابقة وهو أن القوانين محل التغيير تكون بمنأى عن كل طعن فيها بالإلغاء نظراً لكونها قوانين لا تقبل طريق الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، وهو من الأمور الممكنة بالنسبة للمراسيم الصادرة من السلطة التنفيذية .

أما وجهة النظر الثانية (٢) ، فهى تعطى للمراسيم بقوانين الصفة التشريعية . فهى أعمال تشريعية لها قوة القانون ، ومن ثم يمكن لها تعديل وإلغاء القوانين . وهكذا تباشر السلطة التنفيذية الوظيفة التشريعية بناء على قانون التفويض الذى منحها هذه الوظيفة بالنسبة لموضوعات معينة وخلال مدة محددة . ولا يمكن الإحتجاج بعدم مشروعية هذا التفويض ، ذلك أن

---

(١) René Chap us : La loi d'habilitation du 11 Juillet 1953 et la question des décrets lois. R.D.P. 1953. P. 988 — 989.
Roger Pinto : La loi du 17 Août 1948 tendant au redressement économique et financier. R.D. P. 1948 P. 531 — 532.

(٢) René Chapus : Article cité, P. 992 — 993.

«التفويض هو التفويض» حيث لا يمكن الطعن بعدم دستوريته أمام القضاء الإدارى .

على أن وجهة النظر السابقة تصطدم بحقيقة قضاء مجلس الدولة الفرنسى الذى يعتبر المراسيم بقوانين مجرد قرارات إدارية لحين إقرار البرلمان لها .

وتبعاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى تعتبر المراسيم بقوانين من القرارات الإدارية التى يمكن أن تكون محلا للإلغاء إذا ما خالفت شروط وقواعد قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها فانها تأخذ حكم القوانين تماماً بحيث تكون بمنأى عن الطعن بالإلغاء ما دامت قد دخلت فى عدادالقوانين(١) .

ويمكننا أن نفسر الطبيعة القانونية للمراسيم بقوانين — مع العميد Bonnard (٢) — بأنها تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين مزدوجتين : فهى أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التى تمكنها من تعديل والغاء القوانين القائمة ، ولقد إكتسبت الصفة التشريعية من قانون التفويض الذى أضفى عليها هذه الصفة . وتعتبر من ناحية أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوى ما دامت صادرة من السلطة الإدارية ، ومن ثم يمكن أن تكون محلا للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض .

أما بعد إقرار البرلمان لها ، تدخل المراسيم بقوانين فى عداد القوانين . فهى أعمال تشريعية من الناحية العضوية . ومن ثم فلا يمكن والحالة هذه أن تكون محلا للإلغاء شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر .

قوانين البرامج : تمشياً مع توسيع مجال السلطة اللائحية ، وجد ما يسمى بقوانين البرامج أو القوانين ذات الإطار العام « Lois - cadres » .

---

(١) C.E. 9 Mars 1951, Guiolet, D. 1951. P. 474. note Quermonne

(٢) Bonnard : Précis de droit administratif. 4é édit. p. 294.

وتظهر مثل هذه القوانين عندما تقدم السلطة التشريعية على سياسة إصلاح معين فى الدولة . فهنا يقتصر البرلمان على إيراد المبادىء الأساسية للبرنامج الإصلاحى فى القانون الذى يقرره ، ويترك للسلطة التنفيذية مهمة تنفيذ هذا البرنامج بمراسيم من عندها .

فكأننا أمام عمل مشترك تضطلع به السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية على السواء . حيث يقع على الأولى رسم المبادىء الأساسية، بينما يقع على الثانية مهمة العمل والتنفيذ بواسطة ما تصدره من مراسيم .

وإذا كان البعض قد قرر أن القوانين ذات الإطار العام وهى التى تظهر عادة بصدد سياسة إصلاح معين عبارة عن إجراء جديد يمارس فيه البرلمان سلطاته إلى جانب السلطة التنفيذية بحيث يختلف هذا الإجراء عن قوانين السلطة التامة حيث تفوض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بالتشريع فى موضوعات معينة ، فانه مع ذلك قد تختلط المراسيم الصادرة تبعاً للقوانين ذات الإطار العام فى طبيعتها مع اللوائح التنفيذية التى تصدر لتنفيذ القوانين . وقد تختلط هذه الطبيعة كذلك مع المراسيم بقوانين التى تصدر تبعاً لقوانين التفويض . حتى قرر البعض أن مراسيم القوانين ذات الإطار العام عبارة عن مراسيم بقوانين تفويضية مقنعة(١) تخفى من ورائها تلك المراسيم الأخيرة .

والحقيقة أن المراسيم الصادرة بناء على قوانين البرامج لا تختلف فى طبيعتها عن المراسيم بقوانين الصادرة بناء على تفويض من البرلمان ، خاصة وأنها محددة بمدة معينة وتخضع كذلك لإقرار البرلمان .

لوائح الضرورة : إذا كان يتعين على اللائحة أن توافق القانون ، فما الحل إذا طرأت ظروف إستثنائية مثل حالة الحرب أو ظهور وإنتشار وباء معين أو حدوث فتنة أو كارثة ؟ هل تلتزم السلطة الإدارية بذات المبدأ الذى

(١) Jean Charpentier : Les lois — cadres et la fonction gouvernementale. R.D.P. 1958. P. 223 — 224.

تسير عليه فى ظل الظروف العادية ألا وهو ضرورة إحترام القانون ، أم يمكن تطوير هذا المبدأ بما يتناسب ومواجهة هذه الظروف الإستثنائية .

إذا كانت القواعد القانونية المقررة تتناسب والأوقات العادية ، فانها قد تبدو عاجزة عن مواجهة الظروف الإستثنائية . الأمر الذى يملى إمكان تحرر السلطة الإدارية من هذه القواعد بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف .

وهنا تظهر لوائح الضرورة التى قد تتضمن أحكاماً مخالفة للقوانين القائمة ، ومع ذلك أجاز القضاء الإدارى مشروعيتها على الرغم من مخالفتها للقوانين ومن عدم مشروعيتها كأصل عام .

وتعتبر بذلك لوائح الضرورة وهى غير مشروعة فى الأوقات العادية ، مشروعة فى ظل الظروف الإستثنائية حماية للنظام العام ولسير المرافق العامة .

وتستبدل المشروعية العادية بمشروعية إستثنائية من مقتضاها تتمتع السلطة الإدارية بحرية واسعة غير مقررة لها فى ظل الظروف العادية (١) .

وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسى مشروعية بعض لوائح الضبط الإدارى المقيدة للحريات الفردية فى ظل الظروف الإستثنائية على الرغم من عدم مشروعيتها فى ظل الظروف العادية . كما قضى بمشروعية فرض بعض الرسوم التى تفوق فى قدرها الحدود المقررة المنصوص عليها وذلك لمواجهة الإحتياجات المالية غير العادية الناتجة عن الغزو الألمانى عام ١٩٤٠ . كذلك قرر مشروعية إيقاف العمل ببعض القوانين التى تنص على ضمانات خاصة بتأديب الموظفين وذلك طوال مدة الحرب العالمية الأولى (٢) .

---

(١) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 220.

(٢) أنظر الأحكام الخاصة بذلك وغيرها :

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 222.
Rivero ; Droit administratif 3e édit. P. 80.

والمشروعية الإستثنائية هى أصلا من خلق القضاء الذى يعمل على تقرير أحكامها باجازة إستبدال أحكام المشروعية العادية بأحكام هذه المشروعية الأولى . حقيقة أن المشرع قد يواجه الظروف الإستثنائية بتشريعات من عنده يخول بمقتضاها الإدارة سلطات واسعة تزيد من سلطاتها المقررة فى ظل الظروف العادية ، إلا أن النظرية القضائية تفوق بكثير تلك التشريعات الإستثنائية . ذلك أن القضاء يعمل على تلافى ما قد يظهر من قصور فى النصوص التشريعية وعلى تطوير مفهوم هذه النصوص علاوة على إنشاء مبادىء قانونية يقررها القضاء عند سكوت المشرع كلية عن معالجة أمر هذه الظروف . الأمر الذى يدعو إلى القول بأن المصدر الحقيقى لنظرية الظروف الإستثنائية هو القضاء .

وإذا كانت نظرية الظروف الإستثنائية ترتبط بفكرة أعم من فكرة الضرورة والبوليس الإدارى ألا وهى فكرة المشروعية ذاتها مما يجعل موضعها الطبيعى ميدان المشروعية دون سواه (١) ، فان الظروف الإستثنائية لا تعمل على استبعاد مبدأ المشروعية كلية بحيث تسمح باطلاق سلطة الإدارة دون قيد أو شرط . بل تعمل على توسيع قواعد المشروعية العادية والتلطيف من حدتها وتطويرها بالقدر الذى يمكن الإدارة من مواجهة الظروف الإستثنائية وبما يتلاءم وما تمليه هذه الظروف من أحكام ، وذلك كله تحت رقابة القضاء وإشرافه .

وعلى ذلك فان لوائح الضرورة تخضع لرقابة القضاء الإدارى من ناحية ضرورة صدورها أثناء الفترة الإستثنائية فقط بحيث يتحدد صدورها بوجود هذه الفترة وبمدتها ، ويتعين على الإدارة بالتالى الرجوع إلى سلطاتها العادية إذا ما زالت هذه الفترة وانقضت . كذلك يتعين أن تعجز الإدارة عن مواجهة الظرف الإستثنائى بالوسائل العادية بحيث تكون هذه اللوائح

---

(١) Waline : note dans R.D.P. 1955. P. 709.

هى الوسيلة الوحيدة لذلك . علاوة على ضرورة تناسب أحكام هذه اللوائح مع الظرف الإستثنائى بحيث لا يتسع نشاط الإدارة إلا بالقدر الذى يمليه هذا الظرف وحده .

فاذا تبين أن الإدارة قد جاوزت حدود سلطتها بعدم مراعاتها هذه الحدود والضوابط ، حق للقضاء الإدارى إبطال لوائح الضرورة والتعويض عنها كذلك (١).

خصائص علاقة القانون باللائحة فى ظل الوضع التقليدى :

باستجماع ما سبق بيانه ، يمكن أن نقرر أن الوضع التقليدى قد تميز بخصائص معينة حكمت علاقة القانون باللائحة :

١ - سيادة المعيار العضوى الذى يميز بين القانون واللائحة . فالقانون هو عبارة عن القاعدة الصادرة عن الهيئات التشريعية وفقاً للإجراءات المقررة لذلك ، بينما تعتبر اللائحة من قبيل القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية .

وإذا كان المبدأ السابق يقصر حق التشريع أساساً على المجالس التشريعية وإن غالى فى شدته رجال الثورة الفرنسية دفعاً لكل أثر سىء خلفه العهد السابق على الثورة ، فانه قد بدأ فى التطور بعض الشىء بمناسبة تقرير اللوائح التنفيذية على نحو دستورى . ثم بدأ التطور الحقيقى الذى يعطى للسلطة التنفيذية حق التشريع بظهور المراسيم بقوانين التى تصدر تبعاً لقوانين التفويض. واستمر هذا التطور طوال الجمهورية الرابعة حيث برز إلى الوجود المعيار المادى القائل بفكرة المسائل التشريعية بطبيعتها التى يقتصر أمرها على البرلمان

---

(١) Rivero : O.C.P. 81.
De Laubadére : O.C. P. 224.

هذا مع ملاحظة أن يكون الضرر خاصاً وجسيماً لامكان انعقاد مسئولية الادارة فى ظل الظروف الاستثنائية .

وغير ذلك من المسائل التي يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض زميلتها التنفيذية بالتشريع فيها حتى يمكن استمرار العمل بمراسيم القوانين التفويضية على الرغم من تحريم دستور ١٩٤٦ لها كأصل عام . واستمرار لهذا التطور ظهر كذلك ما يسمى بالقوانين ذات الإطار العام حيث تمكنت السلطة التنفيذية من التشريع إلى جانب السلطة التشريعية .

وهكذا يتضح مدى ما أصاب المعيار العضوى — الذى يعطى حق التشريع للمجالس النيابية صاحبة الحق الأصيل فى هذا الميدان — من تطور بحيث أصبح للسلطة التنفيذية هذا الحق فى بعض الظروف والأحوال .

على أنه مهما بلغ من أمر هذا التطور ، فانه يتعين القول أن السلطة التشريعية تعتبر كأصل عام صاحبة الولاية العامة فى أمر التشريع . بينما يتقرر حق التشريع على سبيل الإستثناء للسلطة التنفيذية

٢ — لما كان القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة ، فانه قد تميز بالسمو والعلو عن اللائحة .

ولما كان القانون يعلو اللائحة ، فانه يتحتم على هذه الأخيرة ضرورة موافقتها للقانون وتبعيتها له (١) بحيث إذا إستبان مخالفتها له حق للقاضى أن يقوم بابطالها ، وذلك على خلاف القانون الذى لا يحق إبطاله .

وهكذا يتمتع القانون بما يسمى «حجية الشيء المشرع به» ، وذلك على خلاف اللائحة التى تتجرد تماماً من هذه الحجية (٢) .

٣ — إذا كان التشريع يتمثل أساساً فى القانون الذى يتسم بالعلو

---

(١) هذا مع ملاحظة لوائح الضرورة التى تصدر فى ظل الظروف الاستثنائية حيث يجوز لها مخالفة القانون .

(٢) Vedel : Droit administratif. 3e édit. P. 33.

ولقد أطلق العميد فيدل على حجية الشيء المشرع به .

"autorité de chose légiférée".

والسمو ، بينما تعتبر اللائحة مجرد إستثناء تابع فى هذا المجال . فان نطاق القانون يتميز بالإنطلاق حيث يمكن للقانون أن يقرر ما يشاء من القواعد القانونية ، على خلاف اللائحة التى يضيق نطاقها فى دائرة معينة لا يمكن تجاوزها .

وينتج عن ذلك أولا : أن من حق القانون أن ينظم ما يحلو له من مسائل بحيث لا يمكن منعه من التشريع فى مسألة من المسائل أو تحريمها عليه، ما دام أنه لا يخالف الدستور فى ذلك . وللقانون تبعاً لذلك أن يتدخل فى نطاق اللائحة بأن ينظم المسائل التى يجوز تنظيمها بلائحة . الأمر الذى يؤدى إلى القول بأنه إذا كان للقانون أن ينظم كافة الروابط القانونية ، فليس هناك روابط ومسائل معينة وقفاً على اللائحة من دون القانون .

كما ينتج ثانية : أن هناك مجالا مخصصاً للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه . فهناك مسائل لا يمكن تنظيمها إلا بقانون ، بحيث يستحيل على اللائحة أن تقوم بأمر ذلك .

وإذا كان هناك مسائل مخصصة يتعين تنظيمها بالقانون ، فانه يتحتم على السلطة التشريعية وحدها أن تقوم بأمر ذلك بحيث يستحيل عليها أن تفوض غيرها فى القيام بذلك . الأمر الذى يؤدى إلى القول باستحالة التفويض فى الميدان المخصص للقانون ، حيث يمتنع على السلطة التشريعية إصدار قوانين التفويض ، ويمتنع على السلطة التنفيذية بالتالى إصدار المراسيم بقوانين التفويضية . شأنها فى ذلك شأن باقى اللوائح الأخرى التى يستحيل صدورها لتنظيم أمر هذه المسائل .

ويحدد الدستور المجال المخصص للقانون بنصوص دستورية صريحة ، كفرض الضرائب ونظام الإنتخاب والعفو الشامل وغير ذلك من المسائل التى ينص الدستور على أن يكون أمر تنظيمها بقانون (١) . كما يمكن للعرف

(١) Prélot : La notion de pouvoir administratif, 1950 P. 169 et S.

الدستورى وكذلك للمبادىء القانونية العامة التى يقررها القضاء أن يعينّا الموضوعات التى يحتفظ بها للقانون وحده (١) .

وهكذا يتضح من مبدأ إنطلاق القانون أنه إذا كان هناك نطاق مخصص للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه ، فان للقانون كذلك أن ينظم كافة المسائل والروابط القانونية ما دام أنه لا يخالف الدستور فى ذلك .

موقف دساتير الدول العربية من الوضع التقليدى :

اعتنقت غالبية دساتير الدول العربية الوضع التقليدى بما يحتويه من خصائص تقليدية .

فلقد قرر الدستور اللبنانى المعيار العضوى الذى يجعل التشريع من عمل الهيئات النيابية ويتمثل أصلا فى صورة قوانين .

لذلك «تتولى السلطة المشترعة هيئة واحدة هى مجلس النواب» ، «وتناط السلطة الإجرائية (التنفيذية) برئيس الجمهورية وهو يتولاها بمعاونة الوزراء وفاقاً لأحكام هذا الدستور (٢)» .

وتطبيقاً لذلك جعلت الوظيفة التشريعية من اختصاص مجلس النواب الذى تقرر له حق التشريع كأصل عام فى جميع الحالات حيث ينطلق اختصاصه دون قيد . بحيث يتعين ضرورة موافقة مجلس النواب على كل قانون ويستحيل نشر أى قانون إلا بعد إقرار المجلس النيابى له (٣) .

كما اعتنق دستور المملكة الأردنية الهاشمية المبدأ العضوى التقليدى حيث أناط السلطة التشريعية بمجلس الأمة الذى يتألف من مجلس الأعيان

---

(١) Juris — Classeur administratif. Fasc. 105. P. 11 et S.
وأنظر الأحكام العديدة الواردة به .

(٢) المادتان ١٦ ، ١٧ من الدستور اللبنانى .

(٣) تنص المادة ١٩ من الدستور اللبنانى على أنه « لا ينشر قانون ما لم يقره المجلس » . وتنص المادة ٥١ على ان « رئيس الجمهورية ينشر القوانين بعد أن يكون وافق عليها المجلس »

ومجلس النواب ، «وتناط السلطة التنفيذية بالملك الذى يتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام الدستور [1] » .

وهو ما قرره كذلك دستور المملكة الليبية [2] ، ودستور الجمهورية التونسية الذى نص على أن «مجلس الأمة هو الذى يمارس السلطة التشريعية»[3]، وكذلك الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لسنة ١٩٦٤ حيث عمل على تخصيص المجال التشريعى للسلطة التشريعية وذلك بمقتضى المادة ٤٧ التى قررت أن «مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » .

أما دستور دولة الكويت ، فلقد كان أصرح الدساتير السابقة فى تقرير المعيار العضوى ، إذ قرر أن نظام الحكم يقوم على أساس فصل السلطات مع تعاونها بحيث لا يجوز لأى سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه فى الدستور [4] . وتطبيقاً لذلك اختصت السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية وتولت السلطة التنفيذية الوظيفة التنفيذية .

وإذ عهدت دساتير الدول العربية سالفة الذكر الوظيفة التشريعية إلى سلطاتها التشريعية ، إنطلق نطاق القانون حيث يمكن له أن ينظم ما يشاء من المسائل والقواعد القانونية بشرط موافقته لأحكام الدستور .

وتمشياً مع النهج التقليدى عينت الدساتير السابقة مجالا مخصصاً للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه ، وإن اختلف هذا المجال سعة وضيقاً تبعاً لكل دستور على حدة .

---

(١) المادتان ٢٥، ٢٦ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية .

(٢) يتكون مجلس الأمة فى المملكة الليبية من مجلسين هما مجلس الشيوخ ومجلس النواب .

(٣) الفصل الثامن والعشرون من دستور الجمهورية التونسية .

(٤) قررات المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت أن المادة ٥٠ من الدستور قررت صراحة مبدأ الفصل بين السلطات بدلا من تقريره دلالة من واقع الأحكام الخاصة بالسلطات العامة ، وذلك دفعا لكل خلاف أو جدل حول هذا المبدأ .

فلقد نصت هذه الدساتير على تنظيم الكثير من المسائل الخاصة بالحقوق والحريات بواسطة القانون . ومثال ذلك عدم جواز القاء القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون (١) ، وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون (٢) ، وحرمة المسكن بحيث لا يجوز دخوله إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه (٣) ، ولا يمكن أن ينزع عن أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وفى الأحوال المنصوص عليها فى القانون (٤) . ولا يجوز تحديد إقامة الأفراد وتقييد حريتهم فى الإقامة أو التنقل إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون (٥) .

---

(١) المادة ٨ من الدستور اللبنانى المقابلة للمادة ٨ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية . المادة ١٦ من دستور المملكة الليبية . المادة ٣١ من دستور دولة الكويت . والمادة ٢٧ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لسنة ١٩٦٤ .

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة ٨ من الدستور اللبنانى التى نصت على أنه «لا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة الا بمقتضى القانون» .

ولقد نصت كل من دساتير دولة الكويت فى المادة ٣٢ ، والمملكة الليبية فى المادة ١٧ ، والدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة فى المادة ٢٥ : على أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون . وهذه العبارة الأخيرة قد تشعر — فى رأى جانب من الفقه — أنه لا يلزم أن يكون تقرير الجرائم والعقوبات بقانون بل أن ذلك قد يكون جائزاً بمقتضى لائحة تصدر بناء على قانون .

محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى المصرى والمقارن . الجزء الأول ١٩٥٨ ص ٦٧٩ .

(٣) المادة ١٤ من الدستور اللبنانى ، المادة ١٠ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ١٩ من دستور المملكة الليبية ، المادة ٣٨ من دستور دولة الكويت، المادة ٣٣ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .

هذا ولقد نص الفصل التاسع من دستور الجمهورية التونسية على أن حرمة المسكن مضمونة إلا فى الحالات الإستثنائية التى يضبطها القانون .

(٤) المادة ١٥ من الدستور اللبنانى ، المادة ١١ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ٣١ من دستور المملكة الليبية ، الماد ١٨ من دستور دولة الكويت ، المادة ١٦ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .

(٥) الفقرة الثانية من المادة ٩ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، الماد ١٨ من دستور المملكة الليبية ، المادة ٣١ من دستور دولة الكويت ، المادة ٣١ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .

ولقد نص الفصل العاشر من دستور الجمهورية التونسية على أن لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته فى حدود القانون .

كذلك نصت الدساتير السابقة على الكثير من الحريات: كحرية الرأى والصحافة والإجتماع والمراسلات التى يتمتع بها الأفراد وذلك فى حدود القانون .

وفى ميدان التشريعات المالية ، نصت دساتير الدول العربية سالفة الذكر على كثير من المسائل التى يتحتم تنظيمها بقانون : كحالة إنشاء الضرائب وتعديلها والغائها [1] . وكذلك بالنسبة لبعض المسائل الأخرى كالجنسية مثلا [2] .

وإذا نصت الدساتير السابقة على ضرورة تنظيم بعض المسائل بقانون ، فإنه يتعين على السلطة التشريعية بنفسها أن تقوم بأمر ذلك بحيث يستحيل تنظيم هذه المسائل بلوائح من قبل السلطة التنفيذية . علاوة على تحريم التفويض فى هذا الميدان المخصص .

وإذ انطلق نطاق القانون فى دساتير الدول العربية سالفة الذكر مع تخصيص بعض المسائل التى لا يمكن تنظيمها إلا بقانون ، ضاق نطاق اللائحة بحيث لا يمكن أن يتجاوز هذا النطاق دائرة معينة أجيز فيها للسلطة التنفيذية حق التشريع على نحو فرعى .

---

(١) المادتان ٨١ ، ٨٢ من الدستور اللبنانى ، المادة ١٣٤ من دستور دولة الكويت ، المادة ١٦٧ من دستور المملكة الليبية ، المادة ٧٠ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .

أما دستور الجمهورية التونسية فلقد أورد نصاً عاماً من مقتضاه أن الضرائب لا تكون إلا بقانون (الفصل السادس والثلاثون) .

ولقد نص دستور المملكة الأردنية الهاشمية على حالة إنشاء الضرائب والإعفاء منها حيث إستلزم أن يكون ذلك بقانون (المادتان ١١١ ، ١١٨) دون النص على حالة التعديل والإلغاء .

(٢) المادة ٦ من الدستور اللبنانى ، المادة ٥ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ٢٧ من دستور دولة الكويت .

هذا ولقد حددت المادة ٨ من دستور المملكة الليبية الشروط الخاصة لحالة الجنسية الأصلية ، ثم قررت المادة ٩ من الدستور أن الشروط اللازمة لإكتساب الجنسية الليبية تحدد بقانون .

واختلف نطاق اللائحة من دستور لآخر وإن اتفقت جميعها بالنسبة للوائح التنفيذية .

فلقد نصت المادة ٥١ من الدستور اللبنانى على حق السلطة الإجرائية (التنفيذية) فى إصدار اللوائح التنفيذية ، وهو ما يستفاد من نص المادة السابقة التى تقرر أن «رئيس الجمهورية ينشر القوانين بعد أن يكون وافق عليها المجلس (مجلس النواب) ويؤمن تنفيذها بما له من السلطة التنظيمية وليس له أن يدخل تعديلا عليها أو أن يعفى أحداً من التقيد بأحكامها » . وهو ما قررته المادة ٣١ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية بقولها « الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها » . كما قررت المادة ٦٣ من دستور المملكة الليبية أن «الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء عن تنفيذها» . وإذ رددت المادة ٧٢ من دستور دولة الكويت ذات عبارات المادة ٦٣ من دستور المملكة الليبية ، قرر دستور الدولة الأولى بأن يضع الأمير مراسيم هذه اللوائح ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه . ولقد قررت المادة ١٢٢ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة أن يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وله أن يفوض غيره فى إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه . كما أعطى دستور الجمهورية التونسية لرئيس الجمهورية هذا الحق، وهو ما يستفاد من نص المادة ٤٥ التى قررت «رئيس الجمهورية يسهر على تنفيذ النصوص التشريعية» .

وإذ تستمد السلطة التنفيذية حق وضع هذه اللوائح من الدستور ذاته ، فيكون لها هذا الحق سواء عهد القانون اليها بذلك أم التزم السكوت فى هذا الخصوص .

موقف الدستور اللبنانى من اللوائح (١) : إلى جانب اللوائح التنفيذية، يمكن أن نقرر أن للسلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح التنظيمية الخاصة بتنظيم المرافق العامة . وهو ما يستفاد من العبارة التى وردت فى نص المادة ٥١ من الدستور من أن رئيس الجمهورية له «السلطة التنظيمية» على أن مدلول هذه العبارة التى أوردتها المادة السابقة إنما ينصرف فى نظرى على مجرد تنظيم المرافق العامة ، أما إنشاء هذه المرافق أو الغاؤها فيجب أن يتم بقانون (٢) . وهو ما أعتنقه كذلك جانب من الفقه اللبنانى بتأكيده أن مراسيم تنظيم المرافق العامة لا تحتاج إلى قانون « أما إنشاء المرافق العامة والغاؤها فلا بد فيهما من صدور قانون (٣) » .

وبالنسبة لباقى أنواع اللوائح التقليدية ، جاء الدستور اللبنانى خلواً منها تماماً . وإزاء تضييق إختصاص السلطة التنفيذية فى المجال اللائحى ، تمثل الوضع اللبنانى بالوضع الفرنسى الذى ظهر فى ظل الجمهورية الثالثة حيث سادت المراسيم بقوانين التفويضية « Décrets lois » التى تصدرها السلطة التنفيذية بناء على قانون التفويض « Lois d'habilitation » أو قوانين السلطة التامة « Lois de pleins pouvoirs » والتى يسمح البرلمان بمقتضاها للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتشريع فى موضوعات معينة خلال مدة معينة .

وهكذا جرى العمل فى لبنان على أن تصدر السلطة التنفيذية بناء على تفويض من مجلس النواب مراسيم عرفت باسم «**المراسيم الاشتراعية**» يوافق عليها مجلس الوزراء ويكون لها قوة القانون وذلك فى موضوعات معينة وخلال مهلة محددة ينص عليهما قانون التفويض .

---

(١) يطلق على اللوائح فى لبنان لفظ الأنظمة الإدارية أو المراسيم العامة .

(٢) محسن خليل : الدستور اللبنانى والمبادىء العامة للدساتير . الطبعة الثانية ١٩٦٦ — ١٩٦٧ ص ٣٤١ .

(٣) زهدى يكن : التنظيم الإدارى . تنظيم الإدارة المركزية والمحلية ص ٢٥٧ .

ولقد ظهرت هذه المراسيم الإشتراعية حينما طلبت الحكومة من مجلس النواب تفويضها فى إصدار مراسيم من عندها يكون لها قوة القانون لمواجهة بعض المسائل المعينة : فلقد فوض المجلس النيابى الحكومة لمدة تنتهى فى أول تموز سنة ١٩٣٠ بأن تجرى بمقتضى مراسيم تتخذ فى مجلس الوزراء كل الغاء أو ادغام فى الوظائف والمعاهد والدوائر حتى ولو كانت هذه التدابير تقضى بتغييرات فى المؤسسات والصيغ والمعاملات المحددة بقوانين أو إعتمادات مالية أو نقلها . وفى سنة ١٩٥٢ منح مجلس النواب الحكومة سلطة إصدار المراسيم الإشتراعية لمدة ستة أشهر تعرض خلالها هذه المراسيم على مجلس النواب . وكانت المسائل التى طلبت الحكومة التشريع فيها محددة ، كان أهمها : تعديل قانون الإنتخابات النيابية وتعديل قانون البلديات ومنح المرأة حقوقها السياسية وتعديل قانون المطبوعات وقانون نقابة الصحافة وإعادة النظر فى قانون الضرائب . كما ظهر تفويض ثالث عام ١٩٥٤ لمدة ثلاثة أشهر منحت الحكومة بمقتضاه سلطة تعديل المراسيم الإشتراعية التى أصدرتها إحدى الحكومات السابقة . كما طلبت الحكومة عام ١٩٥٨ من مجلس النواب إعطاءها سلطة إصدار مراسيم إشتراعية لمدة ستة أشهر على أن تعرض هذه المراسيم خلال المدة المذكورة على مجلس النواب ، وذلك فى المسائل الآتية : التشريع المالى والإقتصادى ، قانون الموازنة ، المحكمة الإدارية الخاصة ، الأمن العام والسلامة العامة ، التنظيم الإدارى وتنظيم الإدارة والإدارات العامة وأنظمة الموظفين وغير ذلك من الموضوعات (١) . وإستمرت قوانين التفويض والمراسيم الإشتراعية تظهر من وقت لآخر حتى وقتنا الحاضر .

هذا ولقد تطابقت المراسيم الإشتراعية اللبنانية مع المراسيم بقوانين الفرنسية فى أساس وجودها ونطاقها وطبيعتها القانونية .

فاذا كانت المراسيم بقوانين الفرنسية تستند فى أساس وجودها على

---

(١) أنور الخطيب : الأصول البرلمانية ص ٢٦٥ وما بعدها .
عبده عويدات : النظم الدستورية فى لبنان والبلاد العربية ص ٥٣٠.
حسن الحسن : القانون الدستورى والدستور فى لبنان ص ٢٦٦ — ٢٦٧ .

العرف الدستورى ، فان المراسيم الإشتراعية اللبنانية إنما تستند فى نظرى على ذات الأساس السابق ألا وهو العرف الدستورى (١) .

وإذا كانت المراسيم بقوانين الفرنسية عبارة عن لوائح تفويضية تستند إلى قانون التفويض الذى لا يمكن أن يفوض السلطة التنفيذية فى التشريع إلا فى موضوعات معينة وخلال مهلة معينة يحددها بحيث لا يمكن للوائح التفويض أن تخالف ذلك وتشرع فى خلاف هذه الموضوعات وخارج هذه المهلة ، فان المراسيم الإشتراعية اللبنانية تستند إلى ذات النطاق السابق الذى يحدده قانون التفويض .

والمراسيم الإشتراعية اللبنانية تتمتع بذات الطبيعة القانونية السابق بيانها للمراسيم بقوانين الفرنسية ، إذ تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين : فهى أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التى تمكنها من تعديل والغاء القوانين القائمة وتكتسب هذه الصفة التشريعية من قانون التفويض الذى أضفى عليها هذه الصفة . وهى من ناحية أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوى ما دامت صادرة من السلطة الإدارية ، ومن ثم يمكن أن تكون محلا للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها تدخل المراسيم الإشتراعية فى عداد القوانين وتعتبر بذلك أعمالا تشريعية من الناحية العضوية ، ومن ثم فلا يمكن أن تكون محلا للإلغاء شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر .

ودليل ذلك أن مجلس شورى الدولة اللبنانى قد اقتفى أثر مجلس الدولة الفرنسى فى رقابته على المراسيم الإشتراعية .

واستناداً على قضاء مجلس شورى الدولة اللبنانى يتعين أن نميز بين مرحلتين : المرحلة السابقة على إقرار المجلس النيابى للمرسوم الإشتراعى حيث تكون أحكام هذه المراسيم نافذة بذاتها . هذا ويجوز فى هذه المرحلة

---

(١) محسن خليل : الدستور اللبنانى والمبادىء العامة للدساتير ص ٣٤٣ .

الطعن فى المرسوم الإشتراعى ، ويحق لمجلس الشورى إبطاله إذا ما تجاوز حدود التفويض كالتشريع فى غير الموضوعات التى حددها قانون التفويض أو بعد إنقضاء المدة المعينة التى حددها هذا القانون . ذلك «ان المرسوم الإشتراعى صادر عن الحكومة ، وهو بهذه الصفة عمل إدراى يقبل الطعن لتجاوز حد السلطة لدى مجلس الشورى ما دام لم يقترن بالتصديق » (١) أى من مجلس النواب . وفى حالة إقرار المجلس النيابى المرسوم الإشتراعى ، فان هذا الأخير يصبح فى حكم القانون ويكون والقانون سواء بسواء بحيث لا يجوز الطعن فيه أمام مجلس شورى الدولة ويكون بالتالى بمنجاة من قضاء الإلغاء (٢) .

ولقد نص الدستور اللبنانى على حالة فريدة فى نوعها قرر فيها للسلطة التنفيذية الحق فى التشريع بدلا من السلطة التشريعية عند تراخى هذه السلطة الأخيرة فى البت فى مشروع قانون يوصف بصفة الإستعجال .

فلقد قررت المادة ٥٨ من الدستور اللبنانى حالة **مشروعات القوانين المستعجلة** بذكرها «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضى أربعين يوماً من طرحه على المجلس (مجلس النواب) دون أن يبت فيه أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء» .

وهكذا خرج المشرع الدستورى عن المعيار العضوى التقليدى الذى اعتنقه كأصل عام والذى يقصر الوظيفة التشريعية على البرلمان ، بأن أعطى

---

(١) قرار ٢ رقم الدعوى ٥٤٤ تاريخ ١٩٥٩/١/٥ المجموعة الإدارية السنة الرابعة ص ٣.
قرار ٥٢٢ تاريخ ٩ تشرين الثانى سنة ١٩٥٥ المجموعة الإدارية السنة الأولى ص ٦٣ .
هذا ولقد قرر مجلس شورى الدولة اللبنانى فى قراره الأول إبطال المرسوم الإشتراعى الصادر عام ١٩٥٤ المتعلق بتنظيم الأوقاف الإسلامية ، كما قرر إبطال الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من المرسوم الإشتراعى رقم ١١٢ تاريخ ١٢ حزيران سنة ١٩٥٩ لأنها «تجاوزت حدود التفويض الممنوح للحكومة» .

(٢) محسن خليل : القضاء الادارى اللبنانى ورقابته لأعمال الإدارة ص ٢٥٨ — ٢٥٩ .

للسلطة التنفيذية حق إصدار مشروعات هذه القوانين دون أن يقررها البرلمان إذا ما توافرت الشروط الخاصة بذلك .

وأول هذه الشروط : أن يكون لمشروع القانون الذى تحيله السلطة التنفيذية على مجلس النواب صفة الإستعجال وذلك لمواجهة بعض الظروف التى لا تحتمل إنتظار السير العادى للبرلمان فى إقرار مشروعات القوانين . وتقرير صفة الإستعجال فى نظرى متروك أمره إلى السلطة التنفيذية وحدها(١)، دون السلطة التشريعية التى لا يجوز لها عند نظر مشروع القانون أن تتعرض لهذه المسألة الإستباقية الأولية الخاصة بشكل مشروع القانون أى ما إذا كان له صفة الإستعجال أم لا . ودليل ذلك نص المادة ٥٨ التى تقضى صراحة بشكل قاطع لا يحتمل الإجتهاد والتفسير «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة» .

وثانى هذه الشروط : يتعلق بمدة الأربعين يوماً التى نصت عليها المادة الدستورية . متى تبدأ هذه المدة التى يحق للسلطة التنفيذية بعد إنتهائها دون أن يبت مجلس النواب فى مشروع القانون المستعجل أن تصدر هذا المشروع ؟

إذا قلنا أنها تبدأ من تاريخ الطرح على المجلس النيابى طبقاً لنص المادة الدستورية ، فما هو المقصود بالطرح ؟ هل يقصد به أن مدة الأربعين يوماً تبدأ من تاريخ إحالة السلطة التنفيذية المشروع المستعجل إلى مجلس النواب ، أم يقصد به أن هذه المدة تبدأ من تاريخ أول جلسة يأخذ فيها المجلس النيابى علماً بهذا المشروع .

---

(١) محسن خليل : الدستور اللبنانى والمبادىء العامة للدساتير ص ٣٤٦ وما بعدها .

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه اللبنانى أن تقدير صفة الإستعجال مردة إلى السلطة التشريعية فهى التى تقرر ما إذا كان لمشروع القانون الذى طرح عليها هذه الصفة .

أنور الخطيب : الأصول البرلمانية ص ٤١١ وما بعدها .

على الرغم من اختلاف الفقه اللبنانى فى هذا الخصوص (١) ، أرى أن المدة السابقة تبدأ من تاريخ أول جلسة يعرض فيها مشروع القانون المستعجل على المجلس النيابى للتصرف فيه حيث يتلى فيها هذا المشروع بعد إدراجه فى جدول أعمال إحدى جلسات المجلس (٢) . وهو ما يستفاد من حكمة تقرير المادة الدستورية التى تعمل على حث المجلس النيابى بالإسراع فى البت فى مشروعات القوانين المستعجلة ، الأمر الذى لا يتأتى إلا بعرض المشروع على المجلس النيابى حتى يستطيع هذا الأخير أن يبدأ فى نظره . هذا علاوة على المناقشات البرلمانية (٣) التى دارت عندتعديل نص المادة ٥٨ والتى تكشف بجلاء عن هذا الأمر .

وثالث شروط المادة ٥٨ : يتعلق بمدى سلطة مجلس النواب فى نظر مشروعات القوانين المستعجلة . أرى (٤) أن للمجلس النيابى السلطة الكاملة حيال هذه المشروعات شأنها فى ذلك شأن باقى مشروعات القوانين التى تتجرد من صفة الإستعجال . وبذلك يكون للمجلس النيابى إقرار المشروعات المستعجلة دون تعديل ، كما يكون له حق تعديلها ، وكذلك رفضها وعدم الموافقة عليها . وهنا يستحيل على السلطة التنفيذية إصدار مشروع القانون المستعجل ما دام أنه تحقق «بت» المجلس النيابى فيه . ودليل ذلك أن عبارة «البت» التى أوردتها المادة الدستورية تتحقق بالتصويت النهائى على مشروع القانون خلال المدة المحددة سواء بالموافقة دون تعديل أو بالموافقة

---

(١) يرى البعض أن مدة الأربعين يوماً تبدأ من تاريخ إحالة السلطة التنفيذية مشروع القانون المستعجل إلى مجلس النواب . واستند هذا الرأى إلى النص الفرنسى الأصلى لهذه المادة عند وضع الدستور .

أدمون رباط : محاضرات فىالقانون الدستورى (القيت بالجامعة اللبنانية على الآلة الكاتبة) ١٩٦٥ — ١٩٦٦ ص ٢٥٠ .

(٢) محسن خليل : الدستور اللبنانى والمبادىء العامة للدساتير ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٣) أنور الخطيب : الأصول البرلمانية ص ٤٠٦ — ٤٠٧ حيث أورد المناقشات البرلمانية التى دارت فى هذا الصدد .

(٤) محسن خليل : المرجع سالف الذكر ص ٣٥١ — ٣٥٢ .

بعد إجراء التعديل الذى يراه المجلس النيابى لازماً لذلك أو بالرفض وعدم الموافقة على المشروع برمته . وفى جميع هذه الأحوال يلتزم رئيس السلطة التنفيذية برأى المجلس ما دام أن هذا الأخير قد فصل فى أمر المشروع المعروض عليه خلال المدة التى حددتها المادة الدستورية . والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعطيل سلطة المجلس النيابى ويمنح السلطة التنفيذية الحق فى فرض كلمتها على السلطة التشريعية ، وهو ما لم تقرره المادة ٥٨ فى ذات نصها أو فى مدلول معناها حيث يرمى المشرع الدستورى إلى مجرد حث السلطة التشريعية على الإسراع خلال مدة معينة فى البت فى بعض مشروعات قوانين لا تحتمل التأخير دون أدنى تدخل فى سلطة المجلس النيابى .

وهكذا يتضح أنه إذا تراخى المجلس النيابى فى البت فى مشروعات القوانين المستعجلة بأن إنقضى على طرحها عليه أربعون يوماً دون البت فيها ، حق للسلطة التنفيذية أن تصدر مرسوماً بتنفيذها وذلك بعد موافقة مجلس الوزراء . هذا مع ملاحظة أنه يجب أن يكون المجلس النيابى فى دور إنعقاد سواء عادى أو غير عادى طوال مدة الأربعين يوماً حتى يتمكن من البت فى المشروع المستعجل .

ولكن يحق التساؤل عن الطبيعة القانونية لمشروعات القوانين المستعجلة . لا جدال أن هذا التساؤل لا يثار إذا ما تحقق البت فيها من المجلس النيابى خلال المدة المعينة ، إذ تدخل هذه المشروعات فى عداد القوانين شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر . أما فى حالة صدورها بمرسوم من قبل السلطة التنفيذية عند إنقضاء المدة المعينة دون البت فيها ، فان القضاء الإدارى اللبنانى قد اعتنق المعيار الموضوعى بأن أضفى على هذه المراسيم بعد نشرها «الصفة التشريعية الأكيدة» التى تتمتع بها القوانين . ومن ثم قرر مجلس شورى الدولة عدم جواز الطعن فيها بالإلغاء (١) ، وذلك على خلاف المراسيم

(١) قرار ١١٩٨ تاريخ ١٩٦٢/١٢/٦ رقم الدعوى ٦١٦ – ٦١ المجموعة الإدارية السنة السابعة ص ١٢٣ .

قرار ٧٢٥ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣١ رقم الدعوى ٢٥٣ – ٥٩ المجموعة الإدارية السنة السابعة ص ٧١ .

العامة الأخرى الصادرة عن السلطة التنفيذية التى يحق للمجلس اللبنانى إبطالها بسبب تجاوز حد السلطة (١) .

موقف دستور المملكة الاردنية الهاشمية من اللوائح : إلى جانب اللوائح التنفيذية السابق الإشارة اليها والتى قررتها المادة ٣١ من الدستور، قرر الدستور الأردنى للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات الضرورة (٢) التى أطلق عليها القوانين المؤقتة وذلك أثناء غياب البرلمان . فلقد نصت المادة ٩٤ المعدلة بتاريخ ٤ مايو عام ١٩٥٨ على أنه «١ — عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة فى الأمور التى تستوجب إتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعى صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل ويكون لهذه القوانين المؤقتة التى يجب أن لا تخالف أحكام هذا الدستور قوة القانون على أن تعرض على المجلس فى أول إجتماع يعقده وللمجلس أن يقر هذه القوانين أو يعدلها ، أما إذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك فى العقود والحقوق المكتسبة . ٢ — يسرى مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التى يسرى فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم القفرة الثانيةمن المادة٩٣من هذاالدستور »(٣)

وهكذا يشترط لممارسة السلطة التنفيذية عند إصدار تشريعات الضرورة مراعاة الشروط التالية :

---

(١) محسن خليل : القضاء الإدارى اللبنانى ص ٢٥٧ — ٢٦٠ .

(٢) يرى جانب من الفقه المصرى أنه يتعينالتفرقة بين تشريعات الضرورة وهى التى تصدرها السلطة التنفيذية عادة بين أدوار إنعقاد المجلس التشريعى أو فىفترة حله وتكون لها قوة القانون أى قوة الغاء أو تعديل القوانين القائمة ، وبين لوائح الضرورة التى تصدرها السلطة التنفيذية فىحالة الظروف الإستثنائية كقيام حرب أو فتنه أو إضطرابات .

محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى العربى . المجلد الثانى ١٩٦٣ — ١٩٦٤ ص ١١٥٦ وما بعدها .

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣ على أن «يسرى مفعول القانون باصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً علىنشره فى الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص فى القانون على أن يسرى مفعوله من تاريخ آخر» .

– يجب ألا تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات التى يكون لها قوة القانون أثناء إنعقاد البرلمان صاحب الإختصاص التشريعى الحقيقى ، وإنما يقتصر إصدارها أثناء غياب البرلمان . أى فيما بين أدوار إنعقاد البرلمان ، أو أثناء فترة تأجيل إنعقاده ، أو أثناء فترة حل مجلس النواب (١) . وهو ما عبرت عنه المادة ٩٤ من الدستور «عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا» .

– لا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار التشريعات المؤقتة إلا فى أحوال الضرورة ، تلك الأحوال التى توجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير لحين عودة البرلمان . وتقدير حالات الضرورة متروك أمره إلى السلطة التنفيذية وذلك تحت رقابة البرلمان عند إنعقاده .

– يجب أن تطابق أحكام تشريعات الضرورة الدستور بألا تخالفه ، مما يعمل على سيادة مبدأ المشروعية وعدم الإخلال به فى هذه الأحوال .

– يتعين أن تعرض تشريعات الضرورة فى أول إجتماع يعقده مجلس الأمة عند إنعقاده فى دوره العادى سواء بعد عطلته السنوية إن كان المجلس قائماً أو عند إنعقاده الجديد إن كان مجلس النواب فى حالة حل أو عند إنتهاء الفصل التشريعى . دون إشتراط مدة معينة يتعين فيها عرض هذه التشريعات بعد صدورها على مجلس الأمة أو ضرورة دعوة المجلس للإنعقاد فى دور غير عادى لعرضها عليه .

– لمجلس الأمة الحرية الكاملة إزاء هذه التشريعات ، إذ له حق إقرارها كما هى وحق تعديلها أو حق رفضها . وفى هذه الحالة الأخيرة يتعين بطلانها

---

(١) يتكون مجلس الأمة الأردنى من مجلسين هما : مجلس النواب الذى يتألف جميعه بالإنتخاب (المادة ٦٧) ومجلس الأعيان الذى يتم تكوينه بالتعيين (المادة ٣٦) .

هذا مع ملاحظة أن حق الحل قاصر على مجلس النواب دون مجلس الأعيان الذى توقف جلساته عند حل المجلس الأول (الفقرة الثانية من المادة ٦٦) .

فوراً من تاريخ إعلان هذا البطلان الذى يتحتّم على مجلس الوزراء والملك القيام به . ومن ثم فلا يكون لزوال أو تعديل تشريعات الضرورة من أثر رجعى .

على أنه يحق التساؤل عن طبيعة تشريعات الضرورة ، هل تعتبر قرارات إدارية على إعتبار صدورها من السلطة التنفيذية ؟ يبدو أن المشرع الدستورى قد أراد إعتناق المعيار الموضوعى لا الشكلى بالنسبة لها. ودليل ذلك أنه قد عاملها معاملة القوانين العادية، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٤ التى قضت بأنه يسرى مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التى يسرى فيها مفعول القوانين . حتى أنه قد أطلق عليها عبارة القوانين على الرغم من صدورها من السلطة التنفيذية .

موقف دستور المملكة الليبية من اللوائح : إلى جانب حق السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح التنفيذية طبقاً لنص المادة ٦٣ من الدستور . نصت المادة ٧٤ على أن «الملك ينشىء المصالح العامة» ، الأمر الذى يؤدى إلى القول بأن اختصاص السلطة التنفيذية لا يقف عند حد إصدار اللوائح الخاصة بتنظيم المرافق العامة بل يتعدى ذلك إلى إنشاء هذه المرافق التى يمكن صدورها بلوائح دون إشتراط أن يكون الإنشاء بقانون والتنظيم بلائحة.

كذلك نص الدستور على تشريعات الضرورة ، بأن قضت المادة ٦٤ «إذا طرأت أحوال إستثنائية تتطلب تدابير مستعجلة ولم يكن مجلس الأمة منعقداً فللملك الحق أن يصدر بشأنها مراسيم يكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور . وتعرض هذه المراسيم على مجلس الأمة فى أول إجتماع له ، فاذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون» .

وإذا كانت المادة السابقة قد اتفقت مع المادة ٩٤ من الدستور الأردنى على اصدار تشريعات الضرورة التى يكون لها قوة القانون بشرط أن تكون موافقة لأحكام الدستور وذلك فى أحوال الضرورة على أن تعرض على

مجلس الأمة (١) فى أول إجتماع له . فانه لم ينص على صدور مراسيم الضرورة فى حالة حل مجلس النواب كزميله الأردنى بل إكتفى بعبارة إذا لم يكن مجلس الأمة «منعقداً» . على أن عدم الإنعقاد يدل فى حقيقة الأمر على حالة غياب البرلمان سواء كان ذلك فيما بين أدوار إنعقاده أو أثناء فترة تأجيل إنعقاده وكذلك خلال فترة حل مجلس النواب (٢) .

هذا ولم يستلزم دستور المملكة الليبية ضرورة إعلان السلطة التنفيذية بطلان تشريعات الضرورة إذا لم يقرها البرلمان، وهو ما قضى به الدستور الأردنى ، إذ تسقط هذه التشريعات عند عدم الإقرار البرلمانى لها أو عند عدم عرضها فى أول إجتماع للبرلمان ولا يكون لزوالها من أثر رجعى .

ويبدو أن تشريعات الضرورة هنا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية طبقاً للمعيار العضوى ما دامت صادرة من السلطة التنفيذية . وهو المعيار الأساسى فى ظل الوضع التقليدى، حتى أن المشرع الدستورى قد أطلق عليها عبارة «مراسيم» . وهو ما يختلف والقوانين المؤقته فى ظل دستور المملكة الأردنية الهاشمية .

موقف دستور دولة الكويت من اللوائح : لما كان دستور دولة الكويت قد عمل على تسجيل مبدأ الفصل بين السلطات على نحو صريح فى المادة ٥٠ «بدلا من تقريره دلالة من واقع الأحكام الخاصة بالسلطات العامة ، وذلك دفعاً لكل خلاف أو جدل حول هذا المبدأ» . فان هذا الدستور قد منع تفويض السلطة كأصل عام ، أى نزول أى من السلطات الثلاثة عن كل أو عن بعض إختصاصها المنصوص عليه فى الدستور. وبالذات منع تنازل السلطة التشريعية عن كل إختصاصها أو بعضه للسلطة التنفيذية كى تتولاه بلوائح

---

(١) يتكون مجلس الأمة الليبى من مجلسين : مجلس الشيوخ الذى يتألف من أربعة وعشرين عضواً يعينهم الملك ، ومجلس النواب الذى يتألف جميعه من أعضاء منتخبين . (المواد ٩٣ ، ٩٤ ، ١٠٠) .

(٢) حق الحل فى الدستور الليبى يقتصر على مجلس النواب دون مجلس الشيوخ .

من عندها . على أن المذكرة التفسيرية للدستور قد أجازت مع ذلك التفويض فى مسائل معينة بالذات ولظرف خاص «وفى هذه الحالة قد يبين هذا القانون بعض التوجيهات أو الأحكام الرئيسية التى يجب أن تلتزمها الحكومة فى ممارسة هذا الحق ، كى لا يتعارض نص هذه المادة مع (قوانين السلطة التامة) حيث تقتضى ضرورة استثنائية أن تعهد السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر هام معين فى جملته ، كمواجهة أزمة نقدية أو إقتصادية أو عسكرية مثلا . وحكمة الحظر المنصوص عليه فى هذه المادة الرغبة فى مقاومة ما لوحظ من ميل المجالس التشريعية أحياناً إلى ترك مهمة التشريع فى عدد متزايد من الأمور للسلطة التنفيذية مما يمس جوهر الشعبية فى أخص شىء وأقربه لصميم السيادة وهو التشريع » (١) .

وعلاوة على تقرير حق السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح التنفيذية التى قررتها المادة ٧٢ من الدستور ، نصت المادة ٧٣ على أن «يضع الأمير ، بمراسيم ، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين» .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان يحق للسلطة التنفيذية أن تصدر اللوائح التنفيذية بمراسيم أو بأداة أدنى من المرسوم إذا عين القانون ذلك ، فانه يبدو من مقابلة نص المادة ٧٢ مع نص المادة ٧٣ أنه لا يجوز أن تصدر لوائح الضبط واللوائح التنظيمية اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة إلا بمراسيم. وذلك طبقاً لصريح نص المادة ٧٣ التى قررت أن «يضع الأمير بمراسيم » اللوائح سالفة الذكر دون أن تجيز إمكان الإصدار بأداة أدنى من المرسوم كما فعلت المادة ٧٢ بالنسبة للوائح التنفيذية . وربما كان السبب فى ذلك ما تمتاز به لوائح البوليس من طبيعة خاصة ، إذ تعمل هذه اللوائح على تقييد الحريات الفردية لحفظ الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة . وكذلك ما تمتاز به اللوائح التنظيمية من أهمية خاصة ما دام أنها تعمل على تنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل فى المصالح والإدارات العامة .

---

(١) المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت .

هذا مع ملاحظة أن اللوائح الخاصة بالمرافق العامة إنما تنصرف على التنظيم دون الإنشاء الذى يتعين أن يكون بقانون (١) .

كما أعطى دستور دولة الكويت للسلطة التنفيذية فى المادة ٧١ حق إصدار تشريعات الضرورة التى تصدر أثناء غيبة البرلمان أى أثناء أدوار إنعقاد مجلس الأمة أو فى فترة حله ، فاذا حدث أثناء ذلك «ما يوجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز للأمير أن يصدر فى شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون ، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة فى قانون الميزانية . ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً ، وفى أول إجتماع له فى حالة الحل أو إنتهاء الفصل التشريعى ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس إعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر» .

وبذلك إختلف دستور دولة الكويت مع دستورى المملكة الليبية والمملكة الأردنية الهاشمية من ناحية المدة التى يتعين معها عرض تشريعات الضرورة على البرلمان . إذ نص الدستور الكويتى على ضرورة العرض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور هذه التشريعات إن كان مجلس الأمة قائماً وفى أول إجتماع له إذ كان فى حالة حل أو عند إنتهاء الفصل التشريعى ، بينما اكتفى دستورا المملكة الليبية والمملكة الأردنية الهاشمية بالعرض فى أول إجتماع يعقده البرلمان فى جميع الحالات سواء أكان البرلمان قائما أو فى حالة حل أو عند إنتهاء الفصل التشريعى .

---

(١) على خلاف ذلك دستور المملكة الليبية حيث نصت المادة ٦٣ على أن الملك ينشىء المصالح العامة .

كذلك اختلف دستور دولة الكويت مع الدستورين الآخرين من ناحية الأثر الرجعى لزوال القوة القانونية لهذه التشريعات الذى نص عليه الدستور الأول إذا لم تعرض على مجلس الأمة أو إذا لم يقرها هذا المجلس إلا إذا رأى المجلس إعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر . بينما قرر الدستوران الآخران زوال أثرها القانونى من تاريخ إعلان بطلانها الذى يتم بواسطة مجلس الوزراء والملك بعد عدم موافقة البرلمان عليها فى دستور المملكة الأردنية الهاشمية، ومنذ عدم إقرار البرلمان لها أو عدم عرضها عليه فى دستور المملكة الليبية .

موقف الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة من اللوائح :
على الرغم من تأقيت هذا الدستور ، فإنه قد عمل على تنظيم حق السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح .

فلرئيس الجمهورية حق إصدار اللوائح التنظيمية لترتيب المصالح العامة (المادة ١٢١) حيث يكون له التنظيم من دون الإنشاء الذى يتعين أن يكون بقانون ، وكذلك حق إصدار لوائح الضبط (١)، واللوائح اللازمة لتنفيذ

---

(١) لم يتضمن دستور ١٩٢٣ المصرى نصاً يخول السلطة التنفيذية إصدار لوائح الضبط . إزاء ذلك إنقسم الفقه المصرى حول حق السلطة التنفيذية فى إصدار هذه اللوائح . فذهب غالبية الفقه إلى إعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق على أساس العرف :

السيد صبرى : مبادىء القانون الدستورى ١٩٤٩ ص ٤٧٠ .

وحيد رأفت : مذكرات فى القانون الإدارى ١٩٣٧ – ١٩٣٨ ص ٤٠٨ .

محمد زهير جرانة : مبادىء القانون الإدارى ١٩٤٤ ص ٢٠٤ .

وإن كان جانب من الفقه قد رأى خلاف ذلك إذ حتم تدخل السلطة التشريعية أولا فى هذا الخصوص باصدارها قوانين منظمة لهذه المسائل وتنفيذاً لها يحق للسلطة التنفيذية إصدار هذه اللوائح.

محمد فؤاد مهنا : دروس فى القانون الإدارى المصرى ١٩٤٦ ص ٣٩٠ – ٣٩١ .

هذا ويلاحظ كذلك سكوت الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ عن النص على حق السلطة التنفيذية فى إصدار هذه اللوائح . ولما كانت لوائح الضبط تفرض القيود على الحريات الفردية لحفظ الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة ، فانى اتفق مع الرأى القائل بضرورة تنظيم ذلك بقوانين تصدرها السلطة التشريعية بحيث يقتصر إختصاص السلطة التنفيذية فى هذا الخصوص على إصدار لوائح تنفيذية لهذه القوانين .

محسن خليل : النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ٤٦٩ – ٤٧٠ .

القوانين (١) وله أن يفوض غيره فى إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه (المادة ١٢٢) ، وحق إصدار اللوائح التفويضية (٢) إذ نصت المادة ١٢٠ على أن «لرئيس الجمهورية، فى الأحوال الإستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها» . وأخيراً نصت المادة ١١٩ من الدستور على تشريعات الضرورة التى يصدرها رئيس الجمهورية ويكون لها قوة القانون فيما بين أدوار إنعقاد مجلس الأمة أو أثناء فترة حله وذلك إذا حدث ما يوجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، على أنه «يجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ،إذا كان المجلس قائماً، وفى أول إجتماع له فى حالة الحل . فاذا لم تعرض ، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الإعتراض» .

موقف دستور الجمهورية التونسيه من اللوائح: إذا كان هذا الدستور قد عمل كأصل عام على تخصيص المجال التشريعى للهيئة التشريعية بأن نص الفصل الثامن والعشرون على أن «مجلس الأمة هو الذى يمارس السلطة التشريعية»، فانه قد عمل على توسيع المجال اللائحى للسلطة التنفيذية الممثلة فى رئيس الجمهورية دون وضع ضوابط محددة لممارسة هذا الحق ، مما يؤدى إلى الإخلال بالمبادىء التقليدية لعلاقة القانون باللائحة .

(١) لم يتضمن الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ نصاً خاصاً باللوائح التنفيذية ، على أنه يحق لرئيس الجمهورية فى ظل هذا الدستور المؤقت إصدار هذه اللوائح إستناداً على العرف .
محسن خليل : النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ٤٦٨ — ٤٦٩ .

(٢) لم ينص كل من دستور ١٩٢٣ والدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ على حق السلطةالتنفيذية فى إصدار اللوائح التفويضية ، الأمر الذى يصعب معه التسليم لها بهذا الحق .

وحتى بالنسبة للوائح التنفيذية ، اكتفى هذا الدستور بالنص على أن «رئيس الجمهورية يسهر على تنفيذ النصوص التشريعية» دون وضع ضوابط محددة لمدى تبعية اللوائح التنفيذية للقوانين .

ثم أطلق الدستور التونسى حق رئيس الجمهورية فى التشريع فى حالة الظروف الإستثنائية أى «فى حالة خطر مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد وإستقلالها بحيث يتعذر سير دواليب الدولة الطبيعى» إذ يكون له «إتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير إستثنائية تزول بزوال أسبابها ويرسل رئيس الجمهورية بياناً فى ذلك إلى مجلس الأمة»(الفصل الثانى والثلاثون من الدستور). دون بيان إلى من يرجع تقدير حالة الخطر التى تهدد كيان البلاد وأمنها وإستقلالها ، وإن كان يبدو من نص المادة الدستورية أن لرئيس الجمهورية وحده هذا الحق الذى يكون له بمقتضاه إتخاذ ما يراه من تدابير إستثنائية ينفرد باصدارها دون أدنى رقابة عليه إلا العلم بها حينما يرسل الرئيس بياناً فى ذلك إلى مجلس الأمة الذى يقتصر دوره على مجرد العلم دون مناقشة أو رقابة عليها .

كذلك أطلق الدستور لرئيس الجمهورية حق التشريع خلال عطلة مجلس الأمة . على أنه يصعب وصف هذه التشريعات بتشريعات الضرورة لأنها لا تواجه فقط حالة الضرورة التى لا تحتمل التأخير ، بل تواجه جميع الأحوال سواء العادية أو الضرورية . فلقد نص الفصل الحادى والثلاثون من الدستور على أن «لرئيس الجمهورية أن يتخذ خلال عطلة المجلس باتفاق مع اللجنة القارة المختصة مراسيم يقع عرضها على مصادقة المجلس فى دورته العادية المقبلة». وإذا كان لرئيس الجمهورية حق التشريع على إطلاقه أثناء عطلة المجلس النيابى سواء بالنسبة للتشريعات العادية أو لتشريعات الضرورة ، فان المادة الدستورية علاوة على ذلك لم تنص على مدة معينة يتحتم خلالها عرض هذه المراسيم على المجلس النيابى . إذ إكتفت بالعرض خلال دورة المجلس العادية المقبلة ، كما لم تنص على مصير هذه المراسيم وما إذا كان المجلس النيابى يملك

حتى رفضها وما إذا كان مفعولها فى هذه الحالة يزول بأثر رجعى أم بأثر حال . ذلك أن المادة الدستورية قد إكتفت بالنص على عرض هذه المراسيم على مصادقة المجلس النيابى .

وعند وجود مجلس الأمة ، قرر الدستور فى الفقرة الثانية من الفصل الثامن والعشرين إمكان التفويض إذ «لمجلس الأمة أن يفوض لمدة محدودة ولغرض معين إلى رئيس الجمهورية إتخاذ مراسيم تعرض على مصادقة المجلس بعد إنقضاء المدة المذكورة» . دون إشتراط أن يعين قانون التفويض موضوعات المراسيم التفويضية ، إذ إكتفت المادة الدستورية بأن يكون التفويض «لغرض معين» .

والحقيقة أن موقف الدستور التونسى من اللوائح ، لم يقرر الضوابط اللازمة التى تضمن تنظيم إعمال التشريع الحكومى عند مباشرته على نحو يتسق وما يمليه الوضع التقليدى فى هذا الخصوص . الأمر الذى يؤدى إلى القول أن المشرع الدستورى ربما قد أراد بذلك تحرير يد السلطة التنفيذية على حساب اختصاص السلطة الأصيلة فى ميدان التشريع ، ألا وهى السلطة التشريعية .

وهكذا يتضح مدى اختلاف موقف الدستور التونسى عن باقى دساتير الدول العربية الأخرى السابق بيانها ، وإن كان الدستور الأول قد اعتنق مع ذلك كأصل عام النهج التقليدى الذى قررته دساتير هذه الدول .

وإذا كان الدستور التونسى قد أراد تحرير السلطة التنفيذية من بعض قيود الوضع التقليدى فى ميدان اللوائح ، فإن هناك دولة عربية قد أرادت التحرر التام من هذا الوضع بما يمليه من مبادىء وقيود ، تلك هى المملكة المغربية .

فلقدساير دستور هذه الدولة الأخيرة الوضع الجديد لعلاقة القانون باللائحة الذى أتى به دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية إلى حد قد يشبه التطابق فى هذا الخصوص .

المبحث الثانى

الوضع الجديد لعلاقة القانون باللائحة

عمل الدستور الفرنسى للجمهورية الخامسة على تشييد نظام سياسى جديد يختلف فى بنيانه عن النظام السابق عليه (١) .

فبعد سيادة النظام البرلمانى التقليدى طوال عهد الجمهورية الثالثة والرابعة ، عمل دستور ٤ اكتوبر عام ١٩٥٨ على تطوير هذا النظام ومبادئه الخاصة فى ميدان السلطة التنفيذية . وربما كان السبب الدافع إلى ذلك الضعف الذى إنتاب السلطة التنفيذية فى عهد الجمهورية الرابعة، مما كان له أسوأ الأثر على الحياة السياسية بأكملها .

لذلك عمل الدستور الفرنسى الجديد على تقوية السلطة التنفيذية ،حتى تفوقت هذه السلطة على زميلتها الأخرى فى ميدانها الأصيل ألا وهو الميدان التشريعى .

وتمثل التطور الجديد للنظام البرلمانى، علاوة على تقوية السلطة التنفيذية كأصل عام، فى إختلال نظام ثنائية الجهازالتنفيذى حيث أصبح لرئيس الدولة الدور الرئيسى الفعال بعد أن كانت الوزارة فى ظل النظام البرلمانى التقليدى السابق تتمتع بهذا الدور . لذلك أعلن جانب من الفقه (٢) أن دستور

---

(١) Rivero : Regard sur les institutions de la Ve République. D. Chr. 1958. P. 259 et S.

Berlia Essai sur la cinquième République. R. D.P. 1961. P. 1157 et S.

Giraud: La constitution du 4 Octobre 1958 et la pratique de cette constitution. R.D.P. 1961. P. 1006.

(٢) Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8è édit. 1965. P. 512. et S.

" : La VIe République et le régime présidentiel. 1961. "

الجمهورية الخامسة قد نزع نحو النظام الرئاسى حتى بات نظام ثنائية الجهاز التنفيذى مجرد واجهة شكلية يتنافى فى موضوعه مع طبيعة النظام البرلمانى (١)

وكان من أثر تقوية السلطة التنفيذية ، أن إهتزت علاقة القانون واللائحة حتى تغيرت تلك الرابطة تغيراً تاماً عما كانت عليه فى ظل الوضع التقليدى .

فبعد أن كانت القاعدة التقليدية تقرر الإختصاص المطلق للبرلمان فى ميدان الوظيفة التشريعية والإختصاص المحدد للائحة ، قلب الدستور الجديد هذه القاعدة حتى غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة فى ميدان التشريع وأصبح إختصاص البرلمان على سبيل الحصر والتحديد .

وإذ أضحت السلطة التنفيذية المشرع العادى والسلطة التشريعية المشرع الإستثنائى ، انقلب الوضع الذى يربط القانون باللائحة حتى اعتبرت اللائحة هى الأصل والقانون هو الإستثناء فى ميدان التشريع . ولقد كشف نطاق القانون واللائحة فى ظل الوضع الجديد عن تغيير فى مدلول الديمقراطية التقليدية القائمة على مبدأ فصل السلطات سواء فى معناه المطلق أو النسبى ، ما دام أن السلطة التنفيذية قد أصبحت صاحبة الولاية العامة بالنسبة للوظيفة التنفيذية والتشريعية على حد سواء .

وانتهى الأمر بعدم التمسك بمبدأ سيادة الأمة بمعناه التقليدى السابق ، على الرغم من تمسك مقدمة الدستور الجديد باعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩ وكذلك بمقدمة دستور عام ١٩٤٦ حيث قررت «ان الشعب الفرنسى يعلن رسمياً تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادىء سيادة الأمة التى حددها إعلان عام ١٧٨٩ والتى أكدتها وأكملتها مقدمة دستور ١٩٤٦ » . ذلك أن البرلمان

---

(١) ومع ذلك فان طبيعة نظام الحكم الذى أتى به دستور الجمهورية الخامسة يتصف فى نظرى بالنظام البرلمانى مع تطويره بالنسبة للسلطة التنفيذية :

محسن خليل : النظم السياسية ١٩٦٧ ص ٣٩٤ — ٣٩٦ .

لم يصبح الأداة الوحيدة المعبرة عن إرادة الأمة (١) نتيجة المساس بالنظام النيابى على أثر إعتناق بعض مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة التى تمثلت: فى الإستفتاء الدستورى عند القيام بتعديل الدستور،وفى الإستفتاء التشريعى الذى تقرر بالنسبة لبعض مشروعات القوانين التى يكتفى فيها بالموافقة الشعبية دون الحاجة إلى إقرار البرلمان لهذه المشروعات . لذلك قرر الدستور فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة أن «سيادة الأمة ملك للشعب ، وهو يمارسها بواسطة نوابه وعن طريق الإستفتاء» مما يؤدى إلى المزج بين مبدأ سيادة الأمة ومبدأ سيادة الشعب الذى يفسره البعض «بخضوع النظرية للواقع »(٢) .

نطاق القانون فى ظل الوضع الجديد :

انقلبت القاعدة التقليدية فى ظل الوضع الجديد بالنسبة لنطاق القانون واللائحة ، إذ إنكمش نطاق القانون وانطلق نطاق اللائحة . حتى أصبح نطاق القانون على سبيل التعين والحصر بحيث لا يمكن للبرلمان أن يشرع فى غير ما حدد له من موضوعات ، وأصبح فى الإمكان أن تشرع اللائحة فيما عدا ذلك من الموضوعات بحرية وإنطلاق . حتى أنه يصعب فى نظرى إطلاق عبارة السلطة التشريعية على البرلمان . ما دام أن هذا الأخير لم يعد صاحب الوظيفة التشريعية على نحو أساسى أصيل .

ويتضح النطاق المحدد للقانون من نص المادة ٣٤ من الدستور الفرنسى التى عددت وعينت على سبيل الحصر ما يختص به البرلمان من التشريع . فلقد قررت هذه المادة أن إقرار القانون يكون للبرلمان ، ويحدد القانون القواعد التى تتعلق بالمسائل الآتية :

— الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة

(١) De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. R.D.P. 1959. P. 263.

(٢) A. Hauriou : Droit constitutionnel et Institutions politiques 1966. P. 303.

الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين فى أشخاصهم وفى أموالهم للدفاع الوطنى .

– الجنسية ، وحالة الأشخاص وأهليتهم ، والنظم المالية للزواج ، والتركات والتبرعات .

– تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو الشامل وإنشاء قواعد جديدة للتقاضى ونظام القضاء .

– وعاء الضرائب المختلفة الأنواع ومقدارها وطرق تحصيلها ، ونظام إصدار النقد .

– نظام الإنتخاب للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية .

– إنشاء فئات من المؤسسات العامة .

– الضمانات الأساسية لموظفى الدولة المدنيين والعسكريين .

– تأميم المشروعات ، ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص .

المبادىء الأساسية التى تخص :

(ا) التنظيم العام للدفاع الوطنى .

(ب) إدارة الهيئات المحلية وإختصاصاتها ومواردها .

(ج) التعليم .

(د) نظام الملكية والحقوق العينية والإلتزامات المدنية والتجارية .

(ه) حق العمل والحق النقابى والضمان الإجتماعى .

وتحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة بالشروط وفى الحدود التى يبينها قانون أساسى . وتحدد قوانين تخطيطية أهداف النشاط الإقتصادى والإجتماعى للدولة .

هذا ويجوز أن تحدد وتستكمل أحكام هذه المادة بقانون أساسى (١) .

وقد لاحظ الفقيه « Waline » أنه علاوة على عيوب الصياغة التى شابت المادة السابقة حيث أضفت عليها عدم الوضوح الكافى لتحديد نطاق القانون (٢) ، فان هذه المادة قد ورد بها تعبيرى «الضمانات الأساسية» و«المبادىء الأساسية» فما هو المقصود بذلك ؟ وهل هناك ضمانات ومبادىء أسياسية وأخرى غير أساسية ؟ لا جدال أنه يتعين التفرقة بين ما هو أساسى وغير أساسى فى هذا الخصوص لتحديد دائرة القانون الذى يقتصر على الأمر الأول وحده . ولا يخفى ما يؤدى ذلك إلى خلافات لا نهاية لها قد تعمل على تدخل مجلس الدولة من ناحية والمجلس الدستورى من ناحية أخرى ، وقد يزداد الأمر تعقيداً إذا ما اختلف المجلسان حول هذا التكييف (٣) . حقيقة ان قرارات المجلس الدستورى نهائية وملزمة للسلطات العامة ولجميع

---

(١) القوانين الأساسية « Lois organiques » تختلف من القوانين البرلمانية العادية « Lois parlementaires ordinaires » من ناحية أن القوانين الأولى تخضع لإجراءات خاصة من حيث مناقشتها والتصويت عليها داخل البرلمان تختلف فى أوضاعها عن الإجراءات المقررة للقوانين الثانية . علاوة على ضرورة عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها على المجلس الدستورى كى يقرر مطابقتها للدستور ، هذا العرض الذى يكون جوازياً إذ يتحقق بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أى من المجلسين النيابيين وذلك بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية .

أنظر المادة ٤٦ من الدستور التى حددت الإجراءات الخاصة بالقوانين الأساسية .

وأنظر فى شرح القوانين الأساسية من ناحية معناها ونطاقها :

Sirat : La loi organique et la constitution de 1958. D. 1960, chr. P. 153.

Rousset : La loi organique dans la constitution de 1958. S. 1960, chr. I.

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. R. D. P. 1959 P. 274 — 275.

Pierre Stillmunkes : La Classification des actes ayant force de loi en droit public français. R.D.R. 1964. P. 273 et S.

(٢) أنظر كذلك فى نقد المادة ٣٤ من الدستور :

Jean L' Huillier : La délimitation des domaines de la loi et du réglement dans la constitution du 4 Octobre 1958. D. 1959. Chr. P. 173 et S.

(٣) Waline: Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. R.D.P. 1959. P. 714.

السلطات الإدارية والقضائية ، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من الدستور ، إلا أن أمر الخلاف قد لا ينتهى إذا ما طعن أمام مجلس الدولة بمناسبة بعض اللوائح الأخرى التى لم تكن مثاراً لتدخل المجلس الدستورى مما سيؤدى إلى تضارب قضائى لا حد له .

وعلاوة على التعداد الذى أوردته المادة ٣٤ من الدستور ، نصت بعض مواد أخرى على مسائل يتعين صدورها بقانون : كبعض المعاهدات التى لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون (١) وكانشاء الوحدات الإقليمية الجديدة (٢) ، وكتحديد وتغيير التنظيم الخاص بأقاليم ما وراء البحار (٣) .

وإذ حدد الدستور نطاق القانون ، قررت المادة ٣٧ حق السلطة التنفيذية فى التشريع فيما عدا المسائل الداخلة فى نطاق القانون .

فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧ على أن «المواد التى لا تدخل فى نطاق القانون تكون لها صفة لائحية» وتصدر السلطة التنفيذية فى باقى هذه المسائل لوائح تسمى باللوائح المستقلة «Reglements Autonomes» (٤) كدليل عن إستقلالها عن نطاق القانون .

---

(١) تنص المادة ٥٣ من الدستور على أن معاهدات الصلح والتجارة ، والمعاهدات أو الإتفاقات الخاصة بالتنظيم الدولى والمعاهدات التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو التى يكون فيها تعديل للنصوص ذات الطبيعة التشريعية وتلك الخاصة بحالة الأشخاص والمعاهدات التى تقضى بالنزول عن أراضى أو إبدال أخرى بها أو ضمها لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون .

(٢) تنص المادة ٧٢ من الدستور فى فقرتها الأولى على أن الوحدات الإقليمية فى الجمهورية هى البلديات والمقاطعات وأقاليم ماوراء البحار . وكل وحدة إقليمية أخرى تنشأ بقانون .

(٣) تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن يكون لأقاليم ما وراء البحار فى الجمهورية نظام خاص تراعى فيه مصالحها الخاصة فى نطاق مصالح الجمهورية . ويحدد هذا النظام ويعدل بقانون بعد إستشارة الجمعية الإقليمية المختصة .

(٤) يلاحظ أن اللوائح المستقلة التى تصدر تبعاً لنص المادة ٣٧ من الدستور لا ترادف تلك اللوائح التى يطلق عليها ذات التسمية ويتحدد نطاقها فقط فى لوائح الضبط ولوائح تنظيم المرافق العامة .

على أنه إذا كانت المادة ٣٤ من الدستور قد حددت نطاق القانون ، بينما أطلقت المادة ٣٧ من نطاق اللائحة . فليس هناك من فيصل دقيق يرسم نطاق كلا منهما (١) ، وذلك نظراً لعدم الوضوح الذى شاب تعيين وتحديد نطاق القانون .

ويثار التساؤل عن كيفية تعديل القوانين الصادرة قبل دستور ١٩٥٨، والتى خرجت بمقتضى هذا الدستور عن نطاق القانون ودخلت بالتالى فى نطاق اللوائح المستقلة ؟ .

لا جدال أن القوانين الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ والتى ما زال لها هذه الصفة بالتطبيق لأحكام المادة ٣٤ لا يمكن تعديلها إلا بقانون . أما تلك القوانين الصادرة قبل الدستور والتى خرجت من نطاق القانون ودخلت بالتطبيق لأحكام الدستور فى نطاق اللوائح المستقلة ، فانه يجوز تعديلها بمرسوم تصدره السلطة التنفيذية بعد أخذ رأى مجلس الدولة وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من الدستور . فكأن الدستور الجديد قد نزع عن هذه القوانين صفتها وأنزلها إلى منزلة المراسيم « délégalisé » مما يؤدى إلى إمكان تعديلها بذات الأداة (٢).

هذا ولقد حرص المشرع الدستورى على الزام البرلمان بعدم مجاوزة حدوده . وذلك بعدم التشريع فى غير النطاق المحدد للقانون،وبعدم إعتدائه بالتالى على نطاق اللائحة . ويمكن التوصل إلى ذلك بطرق متعددة :

الطريق الاول : هو الذى رسمته المادة ٤١ من الدستور . ويقضى بأنه إذا ظهر أثناء الإجراءات التشريعية أن إقتراحاً أو تعديلا يخرج عن نطاق

---

(١) Léo Hamon : Les domaines de la loi et du réglement à la recherche d'une frontière. D. 1960 chr. P. 253.
Jean L'Huillier : La délimitation des domaines dela loi et du réglement dans la constitution du 4 Octobre 1958. D. 1959. chr. P. 173 et S.

(٢) De Laubadére : Traité élementaire de droit administratif 3e édit. P. 72.

القانون، فللحكومة أن تدفع بعدم قبوله . وفى حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس النيابى المنظور أمامه هذا الإقتراح أو التعديل ، يحال أمر الخلاف بناء على طلب أى من الطرفين خلال ثمانية أيام إلى المجلس الدستورى كى يفصل فيه .

اما الطريق الثانى الذى يمكن سلوكه ، فانه يتمثل فى إمكان الطعن فى دستورية القوانين التى يقرها البرلمان فى غير النطاق المحدد لها أمام المجلس الدستورى . هذا الطعن الذى يتم قبل إصدار القوانين والذى يحق أن يباشره رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أى من المجلسين النيابيين . فاذا أعلن المجلس الدستورى عدم دستورية هذه القوانين بمخالفتها النطاق الذى حدده الدستور لها ، إستحال إصدارها ووضعها بالتالى موضع التطبيق على إعتبار أن قرارات هذا المجلس ملزمة لجميع السلطات العامة ونهائية بحيث لا يمكن الطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن (١) . وهكذا يكفل طريق الطعن العام فى دستورية القوانين الذى يتم أمام المجلس الدستورى قبل إصدار القوانين ، الزام البرلمان بالتشريع فى الحدود التى عينها الدستور للقانون دون غيرها ، وإلا ترتب عدم إصدار القانون وعدم تطبيقة بالتالى .

واخيرا يظهر الطريق الثالث : إذا لم يتحقق أى طريق من الطريقين السابقين . ويتمثل هذا الطريق الأخير فى إمكان تعديل القوانين التى يكون لها الصفة اللائحية بواسطة مراسيم تصدرها السلطة التنفيذية بشرط أن يقرر

---

(١) يمارس المجلس الدستورى رقابته على دستورية القوانين قبل إصدارها ، ويقطع عرض القانون على المجلس مدة الإصدار المنصوص عليها فى الدستور . ويتعين أن يبدى المجلس الدستورى رأيه فى القانون المعروض عليه فى مدى شهر وللحكومة أن تطلب فى حالة الإستعجال قصر هذه المدة على ثمانية أيام . هذا مع ملاحظة – كما سبق وذكرنا – أن العرض على المجلس الدستورى وجوبى بالنسبة للقوانين الأساسية وجوازى بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية حيث يحق لرئيس الجمهورية أو للوزير الأول أو لرئيس أى من المجلسين النيابيين إجراء ذلك . (المادتان ٦١ ، ٦٢ من الدستور) .

لها المجلس الدستورى الصفة اللائحية وذلك قبل إجراء هذا التعديل ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من الدستور (١) .

الانتقاص من وظيفة البرلمان بالنسبة لبعض القوانين : إلى جانب تعيين وتحديد المجال التشريعى للبرلمان ، عمل الدستور إلى الحد من اختصاص البرلمان بالنسبة لبعض القوانين . فبالنسبة للقوانين المالية ، قررت المادة ٤٠ من الدستور أنه لا تقبل الإقتراحات بقوانين والتعديلات المقدمة من أعضاء البرلمان إذا كانت نتيجة الموافقة عليها تخفيضاً فى الإيرادات العامة أو زيادة فى المصروفات العامة . كما لا يحق للجان المالية البرلمانية أن تتدخل فى أمر تخصيص الميزانية وتوزيعها على الأبواب المختلفة ، ذلك أن هذا الحق يقتصر على الحكومة وحدها .

ولم يكتف الدستور بذلك بل عمل على تقييد البرلمان بمدة زمنية معينة يتحتم خلالها التصويت على الميزانية إذا كان البرلمان منعقداً فى دورته . فلقد قررت الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ أنه إذا لم يتخذ البرلمان قراراً فى شأن مشروع الميزانية فى مدى سبعين يوماً من تاريخ إحالة المشروع على البرلمان ، يحق للحكومة أن تنشر هذا المشروع برمته بواسطة أمر « ordonnance » يوضع موضع التنفيذ،ويهمل بالتالى إختصاص البرلمان فى هذا الخصوص (٢)

---

(١) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 27 — 73.
Louis Bertrand : Propos autour des articles 34,37 et 41 de la constitution. Études et Documents 1959. P. 57.

وأنظر التعليق على قرارات المجلس الدستورى بصدد النطاق لمخصص للقانون :

Alain Gérard Cohen: La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la loi constitution. R.D.P. 1963. P. 745 et S.

Waline : La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement. R.D.P. 1960. P. 1011 et S.

(٢) Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8è édit. P. 617—619.

هذا ولقد قرر جانب من الفقه أن الفقرة الثالثة من المادة ٧ سالفة الذكر لم تخرج بعد إلى حيز التطبيق وذلك لحرص البرلمان على التصويت على مشروع الميزانية فى الميعاد المحدد لذلك .

Pierre Stillmunkes : La classification des actes ayant force de loi en droit public français. R. D. P. 1964 : P. 283.

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من الدستور الفرنسى تماثل من ناحية المبدأ مع المادة ٥٨ من الدستور اللبنانى الخاصة بمشروعات القوانين المستعجلة .

وإذا كان البرلمان يختص بتقرير القوانين الداخلة فى نطاق المسائل المعينة لها ، فان لرئيس الجمهورية الحق فى استفتاء الشعب على مشروعات قوانين تتعلق بتنظيم السلطات العامة أو باقرار إتفاق بين مجموعة الدول الفرنسية أو الخاصة بالإذن بالتصديق على معاهدة يكون من شأنها التأثير على سير المنظمات دون أن تتعارض مع الدستور وذلك طبقاً لما قررته المادة ١١ منه . ويتم طرح هذه المشروعات على الشعب من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دورات إنعقاد البرلمان أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين النيابيين ينشر فى الجريدة الرسمية . وعندما يسفر الإستفتاء عن الموافقة على المشروع يصدره رئيس الجمهورية خلال خمسة عشر يوماً دون حاجة إلى إقرار البرلمان لهذه المشروعات . وبذلك نكون أمام قوانين صادرة من رئيس الجمهورية دون إقرار البرلمان لها وذلك عند موافقة الشعب عليها (١) ، هذا علاوة على إستحالة عرض هذه القوانين على المجلس الدستورى وذلك على خلاف القوانين التى يقررها البرلمان قبل إصدارها . وهو ما قرره المجلس الدستورى ذاته فى قراره الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر عام ١٩٦٢ ،وكذلك نص المادة السابعة عشرة من القانون الخاص بالمجلس الدستورى الصادر فى ٧ نوفمبر عام ١٩٥٨ التى قررت إختصاص المجلس بنظر القوانين التى «يقررها البرلمان »(٢) . ويفسر الفقه هذا الأمر بأن القوانين محل الإستفتاء تعتبر فى واقع الأمر «تعبيراً مباشراً عن إرادة الأمة» ، مما يستلزم النص الصريح لتقرير الرقابة عليها ، وهو ما لم يتحقق نظراً لسكوت الدستور فى هذا المجال (٣) .

---

(١) هذا على خلاف الإستفتاء الدستورى الذى يتم بالنسبة لتعديل الدستور حيث يتعين بعد إقتراح تعديل الدستور موافقة المجلسين النيابيين على هذا الإقتراح قبل إستفتاء الشعب . كما يمكن عدم طرح التعديل على الإستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان مجتمعاً فى هيئة مؤتمر ووافق عليه هذا الأخير بأغلبية ثلاثة أخماس الأعضاء المشتركين فى الإقتراع . (المادة ٨٩ من الدستور) .

(٢) المقصود بالقوانين التى يقررها البرلمان : القوانين البرلمانية العادية وكذلك القوانين الأساسية .

(٣) Duverger : O.C.P. 643 — 644.

ولا جدال أن الأمر القاضى بنشر الميزانية الذى تصدره الحكومة فى حالة إنقضاء المدة المقررة للبرلمان له طبيعة تشريعية ويتخذ بالتالى صفة القانون مما يؤدى إلى عدم جواز الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، وهو ذات الحال بالنسبة لقوانين الإستفتاء التى يكون لها تلك الطبيعة والصفة.

وإزاء ما أصاب نطاق القانون من تقييد علاوة على عدم تعيين حدود هذا النطاق على نحو محدد واضح إزاء اللائحة (١) ، أعلن الفقه أن الوضع الجديد يؤدى إلى «إنهيار القانون» ما دام أن «سلطة البرلمان التشريعية قد ضيق نطاقها إلى حد كبير» (٢) . وقرر البعض الآخر عن «التقلب» الذى أصاب القانون (٣) . ولم يكتف البعض بذلك بل ذهب إلى حد إعلان أن «المادتين ٣٤ ، ٣٧ من الدستور تكشفان عن تنظيم يشوبه الفوضى دون قيد أو شرط (٤)» .

على أن الفقيه Waline قد أعلن أنه رغم عيوب الصياغة التى شابت المادة ٣٤ من الدستور (٥) التى تحدد نطاق القانون وما يعتريها من عدم الوضوح الكافى الذى يصعب معه تحديد هذا النطاق على نحو قاطع ، فانها مع ذلك تنص على نطاق واسع للقانون علاوة على ما تتسم به الموضوعات محل القانون من أهمية بالغة (٦) .

ولم يقتصر الأمر على نطاق القانون ، بل تساءل البعض علاوة على ذلك

---

(١) Léo Hamon : Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière. D. 1960. chr. P. 253.

(٢) Paul Durand : La decadence de la loi dans la constitution de la Ve Republique. Juris classeur Périodique. 1959. P. 1470.

(٣) Charlier : Vicissitudes de la loi. Mèlanges Maury. P. 303.

(٤) Morange : La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 Octobre 1958 D. 1959. chr. P. 26.

(٥) Waline : Article cité R.D.P. 1959. P. 714.

(٦) Waline : Droit administratif 9e èdit. P. 129.

عن مدلول القانون الواجب تقريره فى ظل الدستور الجديد (١) . قرر جانب من الفقه أن هذا المدلول يجب ألا يستند إلى المعيار العضوى الذى ساد فى ظل الوضع التقليدى ، بل إلى المعيار الموضوعى (٢) . وتكفل الفقية Waline بتحليل ذلك بقوله انه لا يمكن تعريف القانون بأنه تلك القاعدة القانونية التى يقررها البرلمان،ذلك أن «إقرار البرلمان لم يصبح الشرط الأساسى ولا الشرط الكافى لوجود القانون» . وإذا كان يتعين أن نلجأ إلى المعيار الموضوعى لقصور المعيار العضوى فى أمر ذلك ، فان القانون عبارة عن القاعدة التى تعمل على تنظيم الموضوعات التى حددها الدستور . وبذلك أفحست الفكرة العضوية مكانها للفكرة الموضوعية حتى يمكن القول بأن الفكرة الثانية قد إحتلت الدور الرئيسى وأصبح للفكرة الأولى مجرد دور ثانوى فى هذا المقام،على إعتبار أنه من الطبيعى وليس كأساس أن تكون تلك القاعدة القانونية من عمل البرلمان (٣) . هذا وإن كان البعض قد خالف هذا الرأى مقرراً أن المعيار العضوى ما زال هو السائد ، فهو شرط أساسى لتعريف القانون حتى إذا لم يكن كافياً لذلك . وهكذا عرف هذا الجانب من الفقه القانون فى ظل الدستور الجديد بأنه «كل قاعدة يقررها البرلمان وفقاً للشكل التشريعى ترد على المسائل التى عينها الدستور له (٤)» .

على أنه مهما كان الأمر بالنسبة لتغيير نطاق القانون ومدلوله ، فإنه ما زال بمنأى عن كل رقابة قضائية بعد إصداره تعمل على الغائه أو المساس به . إذ يخضع القانون فقط قبل إصداره للرقابة على دستوريته التى يمارسها

(١) Charlier : Article cité P. 310.

(٢) Paul Durand - Article cité. P. 1470.

(٣) Waline : Article cité. R.D.P. 1959. P. 708,709, 716.

(٤) Montané de la Roque : l'article 38 de la constitution du 4 Octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960. Mélanges Maury. P. 217.
Chapus : De La soumission au droit des règlements autonomes. D. 1960 chr. P. 125.

وحده المجلس الدستورى (١) ، بحيث إذا ما تم إصداره ينجو نهائياً سواء من المنازعة على دستوريته أو من إمكان الطعن فيه بالإلغاء أمام أية جهة قضائية .

نطاق اللائحه فى ظل الوضع الجديد :

إذا انطلق نطاق اللائحة فى ظل الوضع الجديد ، فهل معنى ذلك أنها قد تحررت من كل تبعية للقانون ؟ لا جدال أن بعض أنواع اللوائح قد تحرر من هذه التبعية ، على أن هناك لوائح ما زالت تتبع القانون بحيث يتعين عليها ألا تخالفه أو تخرج عن أحكامه .

وإذا كانت بعض اللوائح قد تحررت من تبعيتها للقانون ، فهل إرتفعت إلى مصاف هذا الأخير بحيث تكون بمنأى عن الرقابة القضائية ؟ أم أنها رغم تحررها من القانون ما زالت تتبع قواعد قانونية أخرى بحيث يحق للقضاء الإدارى تقرير بطلانها إذا خالفت تلك القواعد .

تعتبر **اللوائح المستقلة** « Règlements autonomes » التى تصدر بالتطبيق للمادة ٣٧ من الدستور المثل الهام لتلك اللوائح المتحررة من القانون سواء من ناحية النطاق أو من ناحية التبعية له ، حتى اعتبرت هذه اللوائح سبب إنقلاب العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة .

فمن ناحية النطاق إنطلقت اللوائح المستقلة فى ميدان التشريع وإعتبرت بمثابة التشريع العادى الذى تباشره السلطة التنفيذية صاحبة الإختصاص العام فى هذا الصدد . وهو ما يتضح من نص المادة ٣٧ من الدستور التى قررت أن المواد التى تخرج عن نطاق القانون الذى حددته وعينته أصلا المادة ٣٤ تصدر بها لوائح من السلطة التنفيذية .

---

(١) هذا مع ملاحظة أن القوانين التى يتم إصدارها عن طريق الإستفتاء تخرج عن ولاية المجلس الدستورى .

واستقلت بذلك هذه اللوائح التى أسماها الفقه باللوائح المستقلة عن القانون بحيث يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع بحرية تامة وفى جميع الموضوعات التى لا يطرقها القانون .

وإذا كان المشرع الدستورى قد تكفل بضمان عدم إعتداء القانون على نطاق اللائحة (١) . فانه يمكن كذلك كفالة عدم اعتداء اللائحة على نطاق القانون، بأن يجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن بالغاء اللائحة إذا اعتدت على النطاق الذى خصصه الدستور للقانون (٢) .

أما من ناحية التبعية ، فهنا يثور التساؤل ما إذا كانت اللوائح المستقلة تتبع القانون ؟ لا جدال أن المنطق يقضى بعدم التبعية نظراً للاستقلال المتبادل بين القانون واللائحة المستقلة من ناحية النطاق الذى قرره الدستور لكل منهما . وإذا كان لا يوجد قانون فى ميدان اللوائح المستقلة فمن غير المتصور وجود رابطة التبعية . ومن ثم قرر البعض اختفاء وجه مخالفة القانون بالنسبة للوائح المستقلة نتيجة إختفاء القانون ذاته فى ميدان هذه اللوائح (٣)، مما يؤدى إلى إستحالة الطعن فى اللوائح المستقلة على أساس وجه مخالفة القانون بمعناه الضيق .

وإذا كان القانون قد فقد مكانه بالنسبة للائحة المستقلة ، فهل معنى ذلك أن هذه الأخيرة قد إرتفعت فى قوتها إلى مصاف القانون بحيث تتحرر نهائياً من كل تبعية، وبالتالى من الرقابة القضائية عليها من ناحية الإلغاء شأنها فى ذلك شأن القانون ؟ .

---

(١) أنظر الطرق المختلفة التى تضمن عدم اعتداء القانون على نطاق اللائحة :ـص ٦٠، ٦١ من هذا البحث .

(٢) Waline: Droit administratif 9e édit. P. 130

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e éd it. P. 72.

(٣) Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958. R.D.P. 1959 P. 711

إزاء ذلك انبرى الفقه الفرنسى لموضوع اللوائح المستقلة بغزارة وبراعة قل أن توجد فى بلد آخر . وانطلق فى البحث عن قاعدة أخرى بديلة عن القانون الذى اختفى من نطاق هذه اللوائح يمكن بمقتضاها أن تقيدها وتتبعها . وذلك كله خوفاً من انطلاق السلطة التنفيذية فى ميدان التشريع دون قيد أو رقيب مما قد يؤدى إلى إنهيار مبدأ المشروعية فى حد ذاته . وانبرى مجلس الدولة الفرنسى بدوره إلى تلك اللوائح فأخضعها لسلطته فاحصاً مدى مشروعيتها . ووجد الفقه والقضاء فى المبادىء القانونية العامة « Principes généraux du droit » القاعدة القانونية التى يمكن أن تخضع لها اللوائح المستقلة والتى تكون أساس الغاء هذه اللوائح إذا ما خالفت تلك المبادىء .

والمبادىء القانونية العامة (١) هى تلك المبادىء التى يعمل القضاء على استنباطها والكشف عنها وإعلان الزاميتها ، بحيث يتعين على الإدارة احترامها والسير على مقتضاها ، وإلا اعتبر تصرف الإدارة المخالف لتلك المبادىء غير مشروع ويحق للقاضى الإدارى الغاء القرار الإدارى .

---

(١) Jeanneau : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative 1954.

M. Letourneur : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat. Etudes et Documents 1951. P. 19 et S.

Rivero : Le juge administratif un juge qui gouverne. D. 1951, chr. P. 21.

Waline: Le pouvoir normatif de la jurisprudence. Etudes en l'honneur de Georges Scelle 1950. P. 613 et S.

Morange : Les principes généraux du droit sous la Ve République. R. D. P. 1960. P. 1188 et S.

محسن خليل : القضاء الا دارى اللبنانى ورقابته لأعمال الادارة ١٩٦٦ — ١٩٦٧ ص ٥٨ — ٨٤ .

من المبادىء القانونية العامة التى اعلنها مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه العديدة : مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية ، ومبدأ حرية الارادة بمعنى بطلان القرار الادارى الذى يصدر تحت ضغط أو اكراه ، مبدأ حجية الشىء المقضى به ، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة وأمام التكاليف العامة ، مبدأ مساواة الأفراد فى مباشرة الأمور الاقتصادية ، وغيرذلك من المبادىء التى أوردتها المراجع سالفة الذكر لقضاء مجلس الدولة الفرنسى .

على أنه إذا كان القضاء هو الذى يستنبط ويعلن المبادىء القانونية العامة ، فانه لا يقررها من تلقاء ذاته . ذلك أن القاضى ليس بمشرع حتى يمكن له أن يقوم بانشاء ووضع القواعد القانونية . فمهمة القضاء تتمثل فى مجرد إكتشاف قواعد ومبادىء قانونية موجودة وكائنة أصلا وإن لم يكن لها وجود فى النصوص التشريعية المدونة ، فهو يعمل على مجرد إعلانها – لا على إنشائها – والإتيان بها إلى عالم القواعد القانونية الملزمة .

ولما كانت المبادىء القانونية العامة مستقرة وكائنة فى ذهن وضمير الجماعة أو المشرع الذى لم يعمل على تدوينها ، فان القاضى يعمل هنا على إستنباط الضمير العام للجماعة وإستنتاج ما يجول فى ذهن المشرع . فكأنه «يستنبط هذه المبادىء من روح التشريع العامة ومن الضمير العام (١)» لذلك قد يلجأ القضاء إلى إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير للكشف عن الضمير العام الجماعى ،وقد يلجأ أيضاً إلى روح التشريع ذاته للكشف عما يجول فى ذهن المشرع . هذا مع ملاحظة إرتباط المبادىء القانونية العامة بالظروف السياسية والإجتماعية والإقتصادية السائدة ، الأمر الذى يؤدى إلى تطور هذه المبادىء بتطور تلك الظروف (٢) .

وإذا كانت المبادىء القانونية العامة تعتبر من القواعد القانونية الملزمة ، فان القضاء الفرنسى قد قرر تبعية اللوائح المستقلة لهذه المبادىء (٣) بحيث يتعين عليها إحترامها والعمل فى دائرتها . وأعلن الفقيه « Waline » أنه «يتعين إستبدال تعبير مخالفة القانون بتعبير مخالفة القاعدة القانونية من ناحية

---

(١) Waline : Droit administratif. 9e édit. P. 468.

(٢) رسالتى التى قدمت لجامعة باريس عام ١٩٥٣ تحت عنوان :

La notion d'illégalité et son rôle dans la responsabilité de l'administration en droit administratif Français et Egyptien. P. 184.

(٣) C.E. 26 Juin 1959. Syndicat général des Ingénieurs-conseils, D. 1959. J. P. 541, note L'Huillier. R.D.P. 1959 P. 1004, Conclus. Fournier.

الموضوع (١) » بحيث يستبدل وجه مخالفة القانون بوجه مخالفة القاعدة القانونية فى دعوى تجاوز حد السلطة .

على أنه إذا كانت اللوائح المستقلة قد تحررت من القانون مع تبعيتها للمبادىء القانونية العامة ، فانه يتعين أن نحدد مكان وطبيعة تلك اللوائح ، وكذلك هذه المبادىء بين مجموعة القواعد القانونية .

اتفق الفقه الفرنسى قبل صدور دستور ١٩٥٨ على أن للمبادىء القانونية العامة ذات القوة الإلزامية المتعادلة مع القانون طالما أن المشرع لم يخالفها بنص صريح . ومن ثم فلا يمكن اعطاء المبادىء القانونية العامة درجة تعلو القوانين فى قوتها بحيث تصل إلى درجة النصوص والمبادىء الدستورية . وإذا كان سبب ذلك فى نظر البعض إنما يرجع إلى منع القضاء الفرنسى من النظر فى دستورية القوانين تبعاً لمبدأ حرية السلطة التشريعية فيما تقرره من تشريعات والزام القاضى بتطبيق حكم القانون دون التعرض لبحث دستوريته (٢) ، فان العميد « Vedel » قد قرر قبل عام ١٩٥٨ أن تقرير رقابة دستورية القوانين من عدمها لا يؤثر على قوة المبادىء القانونية العامة التى تعادل فقط قوة القوانين ولا تعلو عليها . ذلك أنه بالنسبة للنظام «الذى يرفض الرقابة على دستورية القوانين كما هو الحال فى فرنسا فانه من المسلم به ألا تتغلب المبادىء القانونية العامة على القانون ، إذ لن يكون من المستساغ أن يمتثل القاضى للقانون المخالف للدستور بينما لا يخضع للقانون الذى يخالف المبادىء القانونية العامة . ويكون الأمر كذلك بالنسبة للنظام الذى يقر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، إذ لن يكون هناك مجال لتغليب المبادىء القانونية العامة على القانون ما دامت هذه المبادىء لم تتقرر فى نصوص الدستور صراحة أو ضمناً . وعلة ذلك أن الوسيلة التى تكون لها الأولوية فى التعبير عن القواعد القانونية هى القانون ، والقاضى هنا إذ

---

(١) Waline: Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. R.D.P. 1959. P. 711.

(٢) M. Letourneur : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat. Etudes et Documents 1951. P. 30.

يملك أن يكمل النقص فى القانون فانه لا يستطيع أن يقضى على خلاف نصوص القانون (١) » .

ولما كان من الأمور الثابتة فى ظل الوضع التقليدى السائد قبل دستور سنة ١٩٥٨ علو القانون على اللائحة التى تأخذ مكاناً أدنى من مكان الأول بين مجموعة القواعد القانونية ، علت المبادىء القانونية العامة ذات القوة المساوية للقانون على اللائحة ، حتى أعلن الفقه «أن علو المبادىء القانونية العامة على القرارات اللائحية لهو من الأمور المؤكدة (٢) »

على أنه بعد صدور دستور ١٩٥٨ وتحرر اللوائح المستقلة عن القانون ، خشى جانب من الفقه إرتفاع هذه اللوائح إلى مصاف القانون . ومن ثم فلن تخضع لأية تبعية سواء للقانون الذى اختفى من ميدانها أو للمبادىء القانونية العامة التى لها قوة القانون . لذلك أعطى هذا الجانب من الفقه للمبادىء القانونية العامة قوة تعلو القوانين ، حتى إذا ما تساوت قوة اللوائح المستقلة مع قوة القانون أمكن اخضاعها للمبادىء القانونية العامة .

لذلك أعلن العميد « Vedel » عن تغيير رأيه السابق القاضى بتعادل قوة المبادىء القانونية العامة مع القوانين ، مقرراً أن هذه المبادىء بعد صدور الدستور الجديد قد علت قوتها عن القانون بحيث أصبح لها قوة دستورية (Valeur supra - legislative, c'est - à - dire constitutionnelle).

---

(١) Vedel : La soumission de l'administration à la loi P. 93.

(٢) Jeanneau : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative 1954. P. 166.

وأنظر الأحكام التى ساقها المؤلف فى هذا الصدد .

ومما يؤكد وجهة النظر السابقة الخطاب الذى القاه الرئيس Bouffandeau بمناسبةانقضاءمائة وخمسين عاماً على إنشاء مجلس الدولة الفرنسى حيث وردبه أنه يجب الاشارة إلى تلك النظرية الحديثة التى أرساها مجلس الدولة ، ألا وهى نظرية المبادىء القانونية العامة التى تقضى «بوجود قواعد قانونية غير مدونة لها قوة التشريع العادى ، ومن ثم فانه يتعين على السلطة اللائحية وعلى الادارة التزامها طالما أنها لاتتعارض مع نص من نصوص القانون الوضعى »

أورد هذا الخطاب .

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif. 2e édit. P. 206.
M. Letourneur : O.C.P. 19.

ولقد برر العميد موقفه الجديد بأن هذه المبادىء إنما يستنتجها القضاء عادة سواء من مقدمات الدستور التى لها بطبيعة الحال صفة الدستور ذاته أو من العرف الدستورى الذى له ذات الصفة السابقة (١) .

على أن الرأى السابق قد تعرض للنقد ، ذلك أن المبادىء القانونية العامة لا تستوحى فقط من الأصول الدستورية ، إذ يجوز للقضاء أن يستنتجها من روح القانون . وعلى ذلك يتعين التفرقة بين المبادىء القانونية العامة المستوحاة من الأصول الدستورية التى يكون لها قوة دستورية ، وبين تلك المبادىء المستوحاة من روح القانون التى لا يمكن أن يكون لها سوى قوة معادلة للقوانين . الأمر الذى يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة طبيعة المبادىء القانونية العامة (٢) .

كما وأن تأصيل المسائل يستدعى أولا قبل إعلان علو المبادىء القانونية العامة عن القانون ووصولها إلى مرتبة الدستور التساؤل عن مكان اللوائح المستقلة وطبيعتها . هل ارتفعت هذه اللوائح على أثر تحرر نطاقها من القانون إلى مرتبة هذا الأخير ؟ أم ما زالت فى درجة قوتها السابقة التى تعتبر أدنى قوة من القانون على الرغم من اختفاء هذا الأخير من ميدانها ؟ .

يقرر الأستاذ « Chapus » أنه قد يظن البعض أن القانون وقد فقد مكانه من اللائحة المستقلة أن هذه الأخيرة قد ارتفعت إلى مصاف القانون عند تحررها من تلك التبعية التقليدية . إذ كيف يمكن تحقق هذه التبعية ولا يوجد قانون فى ميدان اللوائح المستقلة . فحيث لا توجد قاعدة عليا لا توجد قاعدة تابعة (٣) . على أن الحقيقة خلاف ذلك « إذ أن الفراغ الذى حدث نتيجة اختفاء القانون من ميدان اللوائح المستقلة لا يعنى مطلقاً

---

(١) Vedel : Droit administratif 3e édit. P. 202 — 203.

(٢) Rivero : Droit administratif 3e édit. P. 72.

(٣) Chapus : De lasoumission au droit des règlements autonomes. D. 1960. chr. P. 126. ولقد سبق الاشارة إلى هذا القول فى مقدمة البحث .

أنه قد عمل على ترقية هذه اللوائح إلى مرتبة القانون بحيث أخذت مكانه وقيمته كذلك . فلكل من القانون واللوائح المستقلة مكانه ، ولكل منهما درجته : فهما مستقلان وغير متساويان» (١) . ولا أدل على عدم تغير طبيعة اللوائح المستقلة عن غيرها من اللوائح الصادرة من السلطة الإدارية خضوعها لرقابة القضاء الإدارى من ناحية مشروعيتها حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى قبول الطعن بالغائها (٢) ، وخضوعها كأى لائحة أخرى للمبادىء القانونية العامة (٣) وإن لم تخضع للقانون .

لذلك فان توزيع الوظيفة التشريعية بين القانون واللائحة المستقلة لا يعنى مطلقاً تشبيه هذه اللائحة بالقانون وبأنها قد أخذت حكم القانون وأصبحت كالقانون سواء بسواء . فاللائحة المستقلة ما زالت تعتبر من القرارات الإدارية طبقاً للمعيار الشكلى ، ومن ثم فانها تخضع لرقابة القضاء الادارى بحيث إذا ما استبان لهذا القضاء عدم مشروعيتها قضى بالغائها وذلك على خلاف القانون الذى لا يخضع لرقابة القضاء بعد إصداره .

ولا خلاف بين اللوائح المستقلة وغيرها هن اللوائح سوى أن الدستور قد رأى أنه لا حاجة البتة لوجود قوانين فى ميدان إصدار هذه اللوائح. وهو أمر لا يعمل على تغيير طبيعتها القانونية ولا يرتب لها أية منزلة تعلو عن المنزلة السابقة التى كانت للوائح عامة فى ظل الوضع التقليدى السائد قبل صدور الدستور الجديد .

ولما كانت اللوائح المستقلة تعتبر مجرد قرارات إدارية عامة ، فانها مازالت فى مرتبة أدنى من القانون من ناحية قوتها القانونية وإن تحرر نطاقها

---

(١) Chapus : article cité P. 126.

(٢) C.E. 12 Février 1960, Société Eky, D. 1960 J.P. 263, note L'Huillier.

(٣) C.E. 26 Juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-conseil, D. 1959. J. P. 541, note L'Huillier, R.D.P. 1959. P. 1004, Conclus. Fournier.

عن هذا الأخير »[1] . ومن ثم فلسنا بحاجة إلى اعطاء المبادىء القانونية العامة التى تخضع لها هذه اللوائح قوة قانونية تعلو عن منزلة القانون ورفعها بالتالى إلى منزلة القوانين الدستورية [2] .

وإذا كانت اللوائح المستقلة قد تحرر نطاقها من القانون ، فان اللوائح التنفيذية التى نصت عليها المادة ٢١ من الدستور ما زالت داخل نطاق القانون الذى تتبعه . لذا سادت القاعدة التقليدية فى ظل الدستور الجديد بالنسبة للوائح التنفيذية التى يتعين عليها التزام حدود القانون والتقيد به ، الأمر الذى يؤدى إلى علو القانون على مثل هذه اللوائح التى تعتبر ولا شك من القرارات الإدارية .

اوامر التفويض : ساد طوال العهد الدستورى السابق على الجمهورية الخامسة النزاع حول قوانين التفويض والمراسيم بقوانين التفويضية التى قوبلت بمعارضة شديدة إبان الجمهورية الثالثة والرابعة [3] إذ سكت النظام الدستورى للجمهورية الثالثة عنها تماماً دون أن يقررها بين نصوصه. ثم أعلن دستور الجمهورية الرابعة أن الجمعية الوطنية وحدها تقرر القوانين ولا تملك تفويض هذا الحق . على أن دستور الجمهورية الخامسة قد أنهى هذا الخلاف تماماً بتقريره امكان التفويض ، وذلك بأن نص فى المادة ٣٨ على أنه «يجوز للحكومة ، لتنفيذ برنامجها ، أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة باصدار أوامر باجراءات ترد عادة على نطاق القانون . وتصدر هذه الأوامر فى مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة . وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ، على أنها تصبح لاغية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص باقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة فى قانون التفويض .

---

(١) Chapus : Article cité. P. 126.
Rivero : O.C.P. 61.
De Laubadère : O.C. 3e edit. P. 77.
Morange : La hièrarchie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958. D. 1959, chr. P. 21.

(٢) De Laubadère : O.C.P. 77, 201.

(٣) أنظر ص ١٤ — ١٩ من هذا البحث .

وبعد انتهاء المدة المذكورة فى الفقرة الأولى من هذه المادة لا يجوز تعديل الأوامر إلا بقانون وذلك فى المواد التى تدخل فى النطاق التشريعى» .

وبذلك عملت المادة ٣٨ (١) من دستور الجمهورية الخامسة على النص صراحة على قوانين التفويض والمراسيم بقوانين التى اسماها المشرع أوامر التفويض ، وذلك لأول مرة بعد أن سادت سابقا على نحو عرفى .

وإذا كان التفويض قد تقرر بعد صدور الدستور الجديد على نحو دستورى صريح لا يقبل الشك أو الجدل ، فان التفويض فى ظل الوضع الجديد يختلف فى مداه عن التفويض الذى ساد فى ظل الوضع التقليدى السابق الذى استند فى أساسه على العرف .

ففى ظل الوضع التقليدى حيث ساد مبدأ انطلاق القانون مع تعيين نطاق مخصص له لا يمكن لغيره أن يطرقه ، كان من المستحيل أن يرد التفويض على الميدان المخصص للقانون . إذ يتعين على السلطة التشريعية أن تقوم بنفسها بتنظيم المسائل الواردة فى هذا الميدان بقوانين من عندها . ولذلك امتنع التفويض فى المجال المخصص للقانون حيث يستحيل ظهور هذه اللوائح ، وأمكن التفويض بالتالى فى غير هذا المجال على أن يقيد بموضوعات معينة ولمدة محددة .

أما فى ظل الوضع الجديد حيث عين نطاق القانون على نحو معين لا يمكن مجاوزته ، فلقد قرر المشرع رغم ذلك امكان التفويض فى هذا النطاق المحدد . وهو ما قررته صراحة المادة ٣٨ بقولها أنه يمكن للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة «باصدار أوامر

---

(١) Montané de la Roque : L'article 38 de la Constitution du 4 Octobre 1958et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 Février 1960. Mélanges Maury. P. 199 et S.

Debbasch Les ordonnances de l'article 38 dans la Constitution du 4 October 1958. J. C. P. 1962. I. 1701

Debbasch note sous C.E. 19 Octobre 1962, Canal, Robin et Gadot. J.C.P. 1963. II, 13068

باجراءات ترد عادة على نطاق القانون » . وبذلك يتضح أنه حتى مع تحديد نطاق القانون ، أمكن التفويض فى هذا النطاق المحدد بحيث تتدخل السلطة التنفيذية فيه على الرغم من حرمان البرلمان من التدخل فى غير نطاقه المعين . الأمر الذى أدى إلى مناداة البعض بأن التفويض فى هذا الوضع الجديد قد يعنى فى حقيقة الأمر إمكان تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية (١) خلال مدة معينة ، ما دام أن البرلمان يمكنه تفويض السلطة التنفيذية فى تنظيم المسائل التى أوردتها المادة ٣٤ وغيرها من المواد التى عينت نطاق القانون وذلك بواسطة الأوامر التفويضية .

على أن الأستاذ «Montanè de la Roque» يقرر أنه يبدو أن التفويض إنما يرد على نطاق القوانين البرلمانية العادية دون نطاق القوانين الأساسية Lois organiques التى تتطلب اجراءات خاصة فى مناقشتها والتصويت عليها علاوة على ضرورة عرضها على المجلس الدستورى قبل إصدارها ، هذا العرض الذى لا يتحتم سلوكه بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية (٢) .

على أنه يبدو إمكان التفويض فى جميع المسائل التى تختص بها القوانين البرلمانية بنوعيها ، ذلك أن المادة ٣٨ قد أجازت التفويض «لتنفيذ الحكومة برنامجها». وهى عبارة عامة لا تحمل فى معناها أى تحديد أو تعيين للمسائل محل التفويض ، الأمر الذى يؤدى إلى الإتساع المطلق فى موضوعات التفويض وبالتالى إلى إمكان التفويض فى المسائل التى يختص القانون بتنظيمها وإلى القول فى النهاية باختفاء النطاق المخصص للقانون الذى لا يمكن لغيره أن يطرقه .

ولم يكتف المشرع الدستورى بامكان التفويض فى مجال القانون ، بل انه قد منع البرلمان علاوة على ذلك من التشريع فى المسائل التى فوض

---

(١) هذا ما نادى به البعض . ولقد وردت هذه الآراء فى مقال :
Montané de la Roque : Article cité P. 202

(٢) Montané de la Roque : Article cité P. 204 — 205.

فيها السلطة التنفيذية طوال مدة التفويض . بحيث يمتنع على البرلمان حق التشريع فى المسائل محل التفويض ، وتحريم تعديل الأوامر التفويضية الصادرة فى هذا الشأن لنهاية مدة التفويض . وهو ما يتحقق بتطبيق نص المادة ٤١ من الدستور التى قررت أنه إذا ظهر إثناء الإجراءات التشريعية أن إقتراحاً أو تعديلا يتعارض مع تفويض تشريعى منح بمقتضى المادة ٣٨ فللحكومة أن تدفع بعدم قبوله ، وفى حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس النيابى المختص يفصل المجلس الدستورى فى هذا الخلاف بناء على طلب أى من الطرفين وذلك خلال ثمانية أيام .

ويجب ملاحظة أنه إذا كان فى الإمكان أن يرد التفويض على مجال القانون ، فان للبرلمان أن يحدد فى قانون التفويض المسائل محل التفويض اللازمة لتنفيذ برنامج الحكومة ، بحيث لا يمكن للأوامر التفويضية أن تخرج عن الموضوعات التى حددها قانون التفويض (١) . وهكذا يتحدد نطاق التفويض فى مسائل معينة بالذات مما يؤدى إلى عدم تنازل البرلمان عن اختصاصه التشريعى على نحو كلى خلال مدة التفويض .

هذا ولقد حدد الدستور الشروط الواجب توافرها فى حالات التفويض بأن يكون لمدة محددة يعينها قانون التفويض ، وتصدر السلطة التنفيذية الأوامر التفويضية خلال هذه المدة فى مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة الذى يتعين إستشارته قبل إصدارها . ويوقع عليها رئيس الجمهورية مع الوزير الأول والوزراء ذوى الإختصاص ، وذلك طبقاً للمادتين ١٣ و ١٩ من الدستور .

وينفذ مفعول الأوامر التفويضية من تاريخ نشرها ، ولا يجوز تعديلها

---

(١) Vedel : Droit administratif 3e édit. P. 183.

هذا وإن كان قانون التفويض الصادر فى ٤ فبراير عام ١٩٦٠ قد عمل على تحديد هدف التفويض بعبارات واسعة المعنى .

بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون (١) وذلك بالنسبة للمسائل التى تدخل فى نطاق هذا الأخير (الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨) . هذا ولقد حتمت المادة الدستورية السابقة عرض المشروع الخاص باقرار الأوامر التفويضية على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة فى قانون التفويض وإلا تصبح هذه الأوامر لاغية . ولا جدال أنها تصبح كذلك فى حالة عدم إقرار البرلمان لها . أما إذا عرضت على البرلمان قبل نهاية مدة التفويض ولم ينظرها البرلمان ، لعدم تقرير مدة معينة يتعين على البرلمان خلالها البت فيها ، استمر نفاذها على إعتبار ما لها من قوة تنفيذية تكتسبها من تاريخ نشرها (٢) .

وأخيراً يحق التساؤل عن الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية ، وما إذا كانت قد اختلفت هذه الأوامر عن المراسيم بقوانين التفويضية التى سادت فى الوضع التقليدى ؟ .

يقرر الفقيه « Waline » تمشياً مع الفكرة الموضوعية التى نادى بها فى تعريفه للقانون (٣) ، أن الأوامر التفويضية التى ترد بالتطبيق للمادة ٣٨ على نطاق القانون تعتبر أعمالا تشريعية ويكون لها بالتالى صفة القوانين. ولقد برر الفقيه وجهة نظره ليس فقط على إعتبار أنه يمكن لهذه الأوامر أن تعدل القوانين التى لها هذه الصفة سواء الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ أو بعده أو لأنها ترد على نطاق القانون الذى عينته المادة ٣٤ ، ولكن أيضاً على اعتبار أنه لا يمكن تعديل أو الغاء هذه الأوامر التفويضية بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون . وعلى ذلك «فان العمل الذى يعدل ويلغى القانون

---

(١) هذا مع ملاحظة امكان تعديل والغاء أوامر التفويض بأوامر تفويضية أخرى تصدر بناء على قانون تفويض جديد .

كما يلاحظ أنه أثناء مدة التفويض لايجوز للبرلمان أن يشرع فى المسائل محل التفويض وذلك طبقاً لنص المادة ٤١ من الدستور السابق الاشارة اليها . الأمر الذى يؤدى إلى تحريم البرلمان من تعديلها طوال فترة التفويض وامكان تعديلها بعد انتهاء هذه الفترة بقوانين وذلك بالنسبة للمسائل التى تدخل فى نطاق القانون .

(٢) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit P. 79.

(٣) أنظر ص ٥٩ من هذا البحث .

والذى لا يمكن تعديله أو الغاءه إلا بقانون لا يتصور أن يكون إلا عملا تشريعياً له صفة القانون مهما كان اسمه (١)» ولقد جارى الأستاذ «De Soto» الرأى السابق باعلانه إتصاف الأوامر التفويضية بصفة القانون ، الأمر الذى يؤدى إلى إستحالة الطعن فيها أمام مجلس الدولة حتى ولو خالفت قانون التفويض (٢) .

على أن غالبية الفقه (٣) قد خالف الرأى السابق ، إذ إعتبر الأوامر التفويضية من القرارات الإدارية منذ نشرها حتى إقرار البرلمان لها ، الأمر الذى يؤدى إلى إمكان الطعن فيها بالالغاء أمام مجلس الدولة إذا خالفت قانون التفويض الصادرة بمقتضاه ، وهو ما يتمشى وقضاء المجلس الفرنسى.

لذلك فان الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية فى ظل دستور ١٩٥٨ لم تختلف عن تلك الطبيعة التى كانت للمراسيم بقوانين التفويضية الصادرة قبل هذا الدستور ، وذلك على الرغم من إستحالة تعديل أو الغاء تلك الأوامر بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون وعلى الرغم من إمكان تعديلها والغائها للقوانين القائمة طوال فترة التفويض .

ويمكن تفسير الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية فى ظل النظام الجديد بأنها تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين مزدوجتين : فهى أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التى تمكنها من تعديل والغاء القوانين القائمة والتى لا يمكن بمقتضى هذه القوة أن تعدل أو تلغى بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون . وتعتبر من ناحية

---

(١) Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958. R.D.P. 1959. P. 709.

(٢) De Soto : La Loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. R.D.P. 1959. P. 287 — 288.

(٣) Montané de la Roque : article cité. P. 218 et S.

De Laubadère : O. C. P. 79.

Vedel : O.C.P. 184

Rivero : O.C.P. 62.

أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوى ، ومن ثم يمكن أن تكون محلا للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها ، فانها تعتبر فى عداد القوانين ، ومن ثم فلا يمكن والحالة هذه أن تكون محلا للإلغاء شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر .

من ذلك يتضح أن طبيعة الأوامر التفويضية فى ظل الوضع الجديد لم تختلف عن المراسيم التفويضية فى ظل الوضع السابق . هذا مع ملاحظة أن النص الدستورى القاضى بعدم إمكان تعديل هذه الأوامر إلا بقانون بعد إنتهاء فترة التفويض لم يعدل من طبيعتها السابقة فى نظرى . وذلك نظراً لما لها من قوة القانون ، تلك القوة التى كانت للمراسيم بقوانين التفويضية وما زالت للأوامر التفويضية والتى تكتسب من قانون التفويض ذاته .

اجراءات الظروف الاستثنائية : أتى دستور الجمهورية الخامسة بمادة أصبحت شهيرة فى الفقه الدستورى ، ألا وهى المادة ١٦ من دستور عام ١٩٥٨ التى قررت اختصاص رئيس الجمهورية فى ظل الظروف الإستثنائية غير العادية .

ولقد رأى الفقه أن إختصاصات رئيس الدولة فى هذا المجال مطلقة لا حدود لها حتى وصفت بالدكتاتورية (١) ، ذلك أن الرئيس يحل محل جميع السلطات العامة فى الدولة من تشريعية وتنفيذية ليتخذ جميع الإجراءات التى يراها ضرورية . ولذلك أعلن الفقه أن الأمة تتجسد فى شخصه ، فهو وحده الذى يمثلها وإليه وحده ترجع أمورها (٢) طوال الفترة الإستثنائية .

وتنص المادة ١٦ من الدستور على أنه «إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو إستقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر

---

(١) A. Hauriou : Droit constitutionnel et institutions politiques. 1966. P. 685.

(٢) Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8e édit P. 528.

جسيم وحال ، ونشأ عن ذلك إنقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنظم يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورئيسي المجلسين والمجلس الدستورى بصفة رسمية . ويحيط الأمة علماً بذلك برسالة . ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهمتها فى أقرب وقت ممكن . ويستشار المجلس الدستورى بشأن هذه الإجراءات وينعقد البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الإستثنائية» . وتخضع الإجراءات الإستثنائية التي تصدر بالتطبيق للمادة ١٦(١) لشروط بعضها موضوعى وبعضها شكلى .

فمن ناحية الشروط الموضوعية : يتعين أن تصبح أنظمة الجمهورية أو إستقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهدده بخطر جسيم وحال . وإذا كانت هذه الحالات تتصف بعدم الوضوح وعدم التحديد على نحو قاطع ، علاوة على سعة نطاقها إذ قد يكفى لظهورها مجرد تهديد بحصول خطر حتى يوصف بأنه جسيم وحال . فان الشرط الموضوعى الثانى الذى يتعين تحققه مع الشرط السابق يحدد بعض الشىء من الشرط الأول ، ذلك أنه يتعين أن تؤدى الحالات السابقة إلى إنقطاع السير المنظم للسلطات العامة الدستورية حتى يحق لرئيس الجمهورية أن يصدر الإجراءات الإستثنائية .

أما من ناحية الشروط الشكلية : فان كان لرئيس الجمهورية حق الإنفراد باصدار الإجراءات الإستثنائية التي توقع منه وحده ، فانه يتعين ضرورة إستشارة الوزير الأول ورئيسى المجلسين النيابيين والمجلس الدستورى قبل إصدارها . كذلك يتعين أن يحيط رئيس الجمهورية الأمة علماً بالإجراءات الإستثنائية وذلك برسالة يوجهها اليها .

---

(١) Jean Lamarque : La Théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958. R.D.P. 1961. P. 558 et S.

على أن الشروط الشكلية لا تعتبر فى حقيقة الأمر من القيود الحقيقية التى ترد على سلطة رئيس الجمهورية . فاذا كانت المادة ١٦ قد أوجبت ضرورة استشارة الوزير الأول ورئيسى المجلسين النيابيين والمجلس الدستورى فان ذلك لا يخرج عن كونه مجرد آراء إستشارية لا يلتزم الرئيس بها عند مباشرة سلطاته الإستثنائية ولا تحد من هذه السلطات ، وإن كان يقتصر أثرها على مجرد تأخير مباشرة السلطة دون منعها . كما وأنه لا يمكن إعتبار الرسالة التى يوجهها الرئيس إلى الأمة من القيود التى تحد من سلطاته الإستثنائية . فهى مجرد تبليغ يعمل الرئيس بمقتضاه على تبرير سلطاته الإستثنائية أمام الرأى العام . هذا علاوة على أنه لا يتحتم توجيه هذه الرسالة قبل مباشرة الإجراء الإستثنائى ، إذ قد يجوز إعلان الأمة عند إتخاذ هذا الإجراء أو حتى بعده بقليل (١) .

أما من ناحية نطاق مباشرة الإجراءات الإستثنائية ، فانه غير محدود نظراً لكون المادة الدستورية قد خولت رئيس الجمهورية حق إتخاذ الإجراءات التى تقتضيها الظروف الإستثنائية . مما يؤدى إلى إطلاق نطاقها فى جميع المجالات دون تحديد لميدان معين ومحدد بالذات لها . حتى أعلن الفقه أن سلطة رئيس الجمهورية مطلقة دون حدود إذ يحق له وحده القيام بجميع الأعمال إلا الإنفراد بأمر تعديل الدستور (٢) .

وإذا كان لرئيس الجمهورية حق الإنفراد بمباشرة الإجراءات الإستثنائية فى جميع المجالات ، فانه يمكن مع ذلك قيام رقابة على هذه الإجراءات (٣).

---

(١) أنظر شرح الشروط الموضوعية والشكلية ونقدها :

Jean Lamarque : article cité P. 608 — 614.

(٢) Duverger : O.C. P. 531.

(٣) Jean Lamarque : article cité P. 618 et S.

" " : Legalité consitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16. J. C.P. 1962. I. 1711.

Morange : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16. D. 1962. chr. P. 109.

Berlia : Le contrôle du recours à l'article 16 de son application. R.D.P. 1962. P.288.

وتتمثل الرقابة فى ثلاثة أوجه مختلفة ، وإن كان الوجه الأخير هو الأكثر فاعلية وجدية .

فهناك أولا رقابة من المجلس الدستورى : ذلك أن المادة الدستورية قد أوجبت أن يستشير رئيس الجمهورية هذا المجلس فى جميع الإجراءات التى يتخذها الأول إستناداً على المادة ١٦ . على أنه لما كان الرجوع للمجلس الدستورى يعنى مجرد الإستشارة ، فان مثل هذه الرقابة لن يتحقق لها الفاعلية والجدية الحقيقية ما دام أن للرئيس الكلمة النهائية علاوة على إمكان عدم الإلتزام برأى هذا المجلس .

وهناك ثانية رقابة البرلمان : التى تتمثل فى ضرورة إنعقاد مجلسية بحكم القانون طوال مباشرة الرئيس سلطاته الإستثنائية بحيث لا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء هذه الفترة .

ولكن يثار التساؤل هنا عن دور البرلمان إزاء الإجراءات الإستثنائية التى يباشرها رئيس الجمهورية . لا جدال أن رئيس الجمهورية هو الذى ينفرد وحده باتخاذ جميع هذه الإجراءات وفى جميع الميادين التى يراها ضرورية لذلك ، هذا علاوة على تقرير مبدأ عدم مسئولية الرئيس السياسية أمام البرلمان وعدم خضوع الإجراءات الإستثنائية لأى إقرار برلمانى سواء سابق أو لاحق على إتخاذها (١) .

وإذا كان الأمر كذلك فما جدوى وجود البرلمان طوال مباشرة الرئيس سلطاته الإستثنائية ؟ يمكن أن تظهر هذه الجدوى فى إعلان البرلمان معارضته لأعمال الرئيس الإستثنائية إذا أساء إستخدامها حتى يكون الرأى العام على بينه من ذلك . وذهب رأى إلى جواز إتهام البرلمان فى هذه الحالة

(١) Lamarque: La Thèorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958. R.D.P. 1961. P. 622.

للرئيس جنائياً عن جريمة الخيانة العظمى حيث تجرى محاكمته أمام الهيئة القضائية العليا (١) .

والحقيقة أن وجود البرلمان علامة من شأنها تذكير الرئيس دائماً بالتزام حدود سلطاته الإستثنائية وعدم تجاوزها . هذا علاوة على أن وجود البرلمان يعمل على تمكينه من مباشرة سلطاته العادية حال إنتهاء الفترة الإستثنائية دون أدنى إنتظار أو تأخير (٢) .

وأخيراً هناك الرقابة القضائية على الإجراءات الإستثنائية : وهى أكثر أوجه الرقابة فاعلية فى هذا المجال .

هذا ولقد ميز مجلس الدولة الفرنسى بين قرار رئيس الجمهورية باعلان تطبيق المادة ١٦ ، وبين الإجراءات التى يصدرها الرئيس إستناداً إلى المادة السابقة (٣) .

فبالنسبة لقرار إعلان تطبيق المادة ١٦ ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد اعتبر هذا القرار من أعمال السيادة . ومن ثم فانه يكون بمنأى عن الرقابة القضائية .

أما من ناحية الإجراءات التى يصدرها الرئيس طوال الفترة الإستثنائية إستناداً إلى المادة ١٦ سالفة الذكر ، فانه يتعين أن نميز هنا بين ثلاثة أحوال : فقد يصدر الرئيس وهو فى مجال الظروف الإستثنائية إجراءات لها طبيعة

---

(١) Duverger : O.C.P. 532.

تنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى على عدم مسئولية رئيس الجمهورية عن الأعمال التى يباشرها إلا فى حالة الخيانة العظمى ، ويكون اتهامه بواسطة المجلسين النيابيين بقرار يصدر منهما بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتكون منهم المجلسان . وتجرى محاكمته أمام الهيئة القضائية العليا .

(٢) محسن خليل : النظم السياسية ١٩٦٧ ص ٣٨٠ .

(٣) C.E. 2 Mars 1962, Rubin de Servens, conclus. Jean-François Henry. R.D.P. 1962. P. 294 et S.

دستورية ، وقد يصدر إجراءات لها طبيعة تشريعية أى تكون لها صفة القانون ، وأخيراً قد يصدر إجراءات لها الصفة اللائحية (١) .

ومن الطبيعى – تطبيقاً للقاعدة العامة – أن الإجراءات الأولى والثانية أى تلك التى تتصف بالطبيعة الدستووية والأخرى التى يكون لها صفة القانون تخرجان أصلا عن رقابة القضاء . أما بالنسبة للإجراءات ذات الطبيعة اللائحية ، فانها تخضع للرقابة القضائية ولقضاء الالغاء مادام أن الرئيس هنا يباشر سلطة لائحية،ومن ثم تعتبر هذه الاجراءات بمثابة اللائحة .

ويتعين القول أخيراً أن المادة ٩٢ من الدستور الواردة تحت باب الأحكام الانتقالية قد قررت أنه يمكن للحكومة أن تتخذ فى مجلس الوزراء أوامر لها قوة القانون . وذلك بالنسبة للاجراءات التشريعية اللازمة لانشاء المنظمات المنصوص عليها فى الدستور ولضمان سير السلطات العامة حتى يتم قيام هذه المنظمات التى تبدأ عملها فى مدى أربعة أشهر من اصدار الدستور (الفقرة الأولى من المادة ٩١) . ويجوز للحكومة أيضاً أن تتخذ خلال هذه المدة أوامر لها قوة القانون بالنسبة لأى موضوع تقدر ضرورته لحماية الوطن وحماية المواطنين وللمحافظة على الحريات .

هذا وتعتبر الأوامر سالفة الذكر التى لها قوة القانون خارجة عن نطاق القرارات الادارية اللائحية ، ومن ثم تخرج عن رقابة القضاء الادارى (٢)

موقف دستور المملكة المغربية لسنة ١٩٦٢ من القانون واللائحة :

من الغريب أن يتطابق دستور المملكة المغربية مع الدستور الفرنسى للجمهورية الخامسة من ناحية القانون واللائحة ، وذلك على الرغم من الاختلاف الكبير بين الدولة الأولى الحديثة العهد بالنظم الدستورية والدولة

---

(١) Morange : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, D. 1962. chr. P. 112.

(٢) De Laubadère : O.C.P. 80.

الثانية العريقة العهد بتلك النظم والتى مرت بتجارب وتنوع فى الأنظمة الدستورية قل أن تعرفها دولة أخرى . لذلك يكون من الخطورة فى نظرى أن تبدأ دولة وهى فى أول عهدها الدستورى بالتجربة الفرنسية الأخيرة فى هذا المضمار ، تلك التجربة التى مازال ينازعها ويناهضها وينقدها الفقه الفرنسى ، ومن ورائه يقف مجلس الدولة للتشريع الحكومى ، وذلك كله حفاظاً على حقوق الأفراد وحرياتهم .

ومن الغريب كذلك أن يبدأ دستور المملكة المغربية بتقرير مبدأ سيادة الأمة (١) وأن «القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة ويجب على الجميع الإمتثال له (٢) » ، وهو ما يتطابق والفكر التقليدى ، ثم يأتى بعد ذلك ويحدد نطاق القانون ويطلق من نطاق التشريع الحكومى .

فلقد نص الفصل الثامن والأربعون من الدستور على تحديد نطاق القانون بأن قرر «يختص القانون ، بالإضافة إلى المواد المسندة اليه صراحة بفصول أخرى من الدستور ، بالتشريع فى الميادين الآتية :

— الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها فى الباب الأول من هذا الدستور .

— المبادىء الأساسية للقانون المدنى والقانون الجنائى .

— تنظيم القضاء بالمملكة .

— الضمانات الأساسية الممنوحة لموظفى الدولة المدنيين والعسكريين . ويمكن أن يحدد ويتمم هذه المقتضيات قانون تنظيمى (٣) » .

---

(١) الفصل الثانى من دستور المملكة المغربية .

(٢) الفصل الرابع من هذا الدستور .

(٣) القانون التنظيمى يقابل القانون الأساسى فى الدستور الفرنسى ، ولقد نص الدستور المغربى كالدستور الفرنسى على خضوع هذه القوانين لاجراءات خاصة من حيث مناقشتها وتقريرها وضرورة عرضها على الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى لموافقته عليها قبل اصدارها . (الفصل الثالث والستون) .

ثم نص الفصل التاسع والأربعون من الدستور على «أن المواد الأخرى التى ليست من اختصاص القانون هى من حيز النصوص التنظيمية » .

وإذا كان دستور المملكة المغربية قد ضيق من نطاق القانون أكثر من الدستور الفرنسى ، فانه قد نقل الغموض الذى شاب المادة ٣٤ الفرنسية إذ أورد مثلها تعبيرى «الضمانات الأساسية» و «المبادىء الأساسية» . مما يدعو إلى التساؤل كذلك عما هو أساسى وما هو الغير أساسى .

كذلك حرص المشرع الدستورى المغربى على الزام البرلمان بعدم التشريع فى غير النطاق المحدد للقانون وعدم اعتدائه بالتالى على النطاق اللائحى .

فلقد نص الفصل السادس والخمسون من الدستور المغربى المقابل حرفياً للمادة ٤١ من الدستور الفرنسى على أنه «يمكن للحكومة أن تدفع بعدم القبول كل إقتراح أو تعديل لا يدخل فى حيز اختصاص القانون . وإذا حدث خلاف ، فان الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى تبت فيه فى ظرف ثمانية أيام بطلب من المجلس البرلمانى أو من الحكومة» .

كذلك قرر الدستور المغربى كالدستور الفرنسى «أن النصوص الصادرة فى صيغة قانون قبل الإعلان باجراء العمل بهذا الدستور يمكن تغييرها بمرسوم بعد رأى مطابق من الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى إذا كان مضمون تلك النصوص داخلا فى اختصاص السلطة التنظيمية » (الفصل الخمسون) .

واستمر الدستور المغربى فى محاكاته للدستور الفرنسى من ناحية الإنتقاص من وظيفة البرلمان بالنسبة لبعض القوانين.سواء من ناحية عدم قبول الإقتراحات والتعديلات التى يتقدم بها أعضاء البرلمان إذا كان قبولها يؤدى بالنسبة «للقانون المالى إما إلى تخفيض الموارد العمومية وإما إلى إحداث تكليف عمومى أو الزيادة فى تكليف موجود » (الفصل الرابع والخمسون) . أو من

ناحية ضرورة الموافقة على الميزانية فى ميعاد معين هو ٣١ ديسمبر ، وإلا «فان الحكومة تفتح بمرسوم الإعتمادات اللازمة لسير المرافق العمومية والقيام بالمهام المنوطة بها على أساس ما هو مقترح بالميزانية المعروضة بقصد المصادقة» . (الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث والخمسين) . كذلك أعطى للملك حق عرض مشروعات وإقتراحات القوانين على الشعب للموافقة عليها (الفصل الثانى والسبعون ، والثالث والسبعون ، والرابع والسبعون) .

أما عن نطاق اللوائح ، فانه علاوة على النصوص التنظيمية المستقاة التى تصدر بالتطبيق للفصل التاسع والأربعين من الدستور (المقابل للمادة ٣٧ من الدستور الفرنسى) ، قرر الدستور المغربى مراسيم التفويض التى تصدر بناء على قانون التفويض (قانون الإذن).حيث نص الفصل السابع والأربعون (المقابل للمادة ٣٨ من الدستور الفرنسى) على أنه «يمكن للبرلمان أن يأذن للحكومة أن تتخذ فى ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة وبمقتضى مراسيم يقع التداول فيها بالمجالس الوزارية ، تدابير يختص القانون عادة باتخاذها . ويجرى العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها . غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة عند انتهاء الأجل الذى حدده قانون الإذن باصدارها . ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلس النواب» . كذلك قرر الدستور المغربى حق الحكومة فى إصدار مراسيم قوانين «خلال الفترة الفاصلة بين الدورات» أى دورات إنعقاد البرلمان دون النص على ضرورة قيام حالة الضرورة لإصدار مثل هذه المراسيم . وتعرض هذه الأخيرة على البرلمان للموافقة عليها «أثناء دورة موالية عادية للبرلمان» . (الفصل الثامن والخمسون) .

وأخيراً نص الدستور المغربى على تدابير الظروف الإستثنائية التى قررتها المادة ١٦ من الدستور الفرنسى ،مطلقاً فى ذلك سلطة الملك دون قيد أو شرط ، اللهم إلا بالنسبة لإعلان حالة الظروف الإستثنائية التى يعلنها الملك بمرسوم ملكى بعد إستشارة رئيسى المجلسين النيابيين وتوجيه خطاب للأمة . أما فيما عدا ذلك فليس هناك من شروط أو رقابة على تدابير الظروف

الإستثنائية ، الأمر الذى يؤدى إلى تفضيل المادة الفرنسية رغم ما وجه اليها من نقد على المادة المغربية التى جاءت مطلقة من كل قيد أوشرط . فلقد قرر الفصل الخامس والثلاثون من الدستور المغربى أنه «إذا كانت حوزة التراب الوطنى مهددة أو إذا وقع من الأحداث مامن شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية فيمكن للملك أن يعلن حالة الإستثناء بمرسوم ملكى بعد إستشارة رئيسى المجلسين وتوجيه خطاب للأمة . وبسبب ذلك فان له الصلاحية – رغم جميع النصوص المخالفة – فى إتخاذ التدابير التى يفرضها الدفاع عن حوزة التراب ورجوع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادى . وتنتهى حالة الإستثناء باتخاذ نفس الإجراءات المتبعة لإعلانها» .

* * *

إذا كان دستور الجمهورية الخامسة قد عمل على إرساء مبادىء سياسية جديدة تهدف أصلا إلى تقوية السلطة التنفيذية ، فان ذلك قد إنعكس على علاقة القانون باللائحة .

فلقد تميزت العلاقة الجديدة بين القانون واللائحة أن غدت السلطة التنفيذية المشرع العادى ، وأصبح البرلمان المشرع المحدد إختصاصه على سبيل الحصر والتعيين .

وكان من أثر ذلك أن اتسع نطاق اللائحة إلى حد كبير . ولا أدل على ذلك من اللوائح المستقلة التى تصدر بالتطبيق لأحكام المادة ٣٧ من الدستور ، وأوامر التفويض التى تصدر بالتطبيق لأحكام المادة ٣٨ تلك الأوامر التى تصدر فى النطاق الذى خصصه الدستور للقانون ، علاوة على إجراءات الظروف الإستثنائية التى انطلق نطاقها فى جميع مجالات القانون واللائحة .

وإذ اتسع نطاق اللائحة إلى هذا الحد الكبير بعد أن كان مقيداً فى نطاق محصور ، إنكمش نطاق القانون وتحدد فى دائرة معينة لا يمكن تجاوزها يسودها الإبهام وعدم الوضوح . هذا علاوة على الإنتقاص من وظيفة

البرلمان المحددة من ناحية التغاضى عن ضرورة إقراره لبعض مشروعات القوانين ونشرها بعد مضى مدة معينة . وذلك بعد أن كان نطاق القانون يتميز بالإنطلاق بتقرير ما يشاء من القواعد القانونية .

ورأى البعض فى ذلك تغير مدلول القانون حيث برزت الفكرة الموضوعية مكان الفكرة العضوية السابقة .

على أنه إذا كان الوضع الجديد قد اختلف عن الوضع التقليدى السابق من ناحية النطاق ، فان مكان القانون واللائحة من مجموعة القواعد القانونية مازال كما كان فى ظل الوضع التقليدى .

فما زال القانون يعلو اللائحة حيث يتمتع بحجية الشىء المشرع به التى تمنع من التعرض له بالإبطال .

وما زالت اللائحة فى مكانها السابق، وإن تحررت بعضها من تبعيتها للقانون نظراً لإختفاء هذا الأخير من ميدان اللائحة .

ولا أدل على بقاء اللائحة فى مكانها السابق خضوعها سواء للمبادىء القانونية العامة أو للقانون ذاته بحيث يحق للقضاء القيام بالغائها إذا ثبت عدم مشروعيتها . ولم يقتصر خضوع اللائحة لرقابة القضاء على الظروف العادية ، بل ثبت ذلك أيضاً بالنسبة للظروف الإستثنائية . وكان الفضل فى ذلك كله لمجلس الدولة الفرنسى الذى أثبت على مر السنين أنه منار الحرية وملاذ الأفراد إذا تجاوزت الإدارة حد السلطة .

وهكذا يتضح مدى الخلاف والتشابه بين الوضع التقليدى والوضع الجديد. حيث يتمثل الخلاف فى ناحية نطاق القانون واللائحة، ويظهر التشابه فى مكانهما فى مجموعة القواعد القانونية .

وإذا كان الفقيه « Waline » قد أعلن أن النظام الجديد يتصف بميزة التناسق والمنطق ، وكان من المتعذر الإدلاء برأى فى هذا الخصوص

ونحن فى مقدمة البحث . فانه يحق الآن بعد أن تعرضنا لجوانب الموضوع أن نقرر أن علاقة القانون باللائحة فى ظل الوضع الجديد لاتتميز بهذا الوصف.

ذلك أنه ليس من المنطق فى شيء أن يتحدد إختصاص الهيئة الأصيلة فى مجال وظيفتها الطبيعية ، ثم ينطلق اختصاص هيئة أخرى فى غير مجال وظيفتها .

هذا علاوة على عدم التناسق الذى يظهر فى علو تشريع إستثنائى مجدد (القانون) على تشريع عادى منطلق (اللائحة) .

وإذا كان الوضع الجديد قد وجد القضاء الفرنسى الذى حد من خطورته ، فانه قد لا يجد ذلك فى الدول الأخرى التى تعمل على الأخذ به .

فالوضع الجديد إذ يهدر مبدأ الفصل بين وظائف الدولة ويعمل على الإخلال بالتالى بأساس مبدأ فصل السلطات ، يكشف عن نوع من تركيز السلطة بين يدى الهيئة التنفيذية بجمعها بين الوظيفة التنفيذية والوظيفة التشريعية العادية . وربما كان ذلك هو سبب المعارضة التى تقارب الإجماع من الفقه الفرنسى ، علاوة على معارضة القضاء الذى عبر عنها باخضاع التشريع الحكومى مهما كان أمره ونطاقه لرقابته .

وكم يكون من الأوفق أن نعود مرة ثانية إلى الوضع التقليدى الطبيعى مع تطويره دون الإخلال بمبادئه وأصوله الأساسية وهو الذى يتصف فى نظرى بميزة التناسق والمنطق .

نظام المسئوليـــة العقدية

نظرة انتقادية

للدكتور عبد الرحمن عياد
رئيس محكمة

١ – تمهيد :

يذهب الفقه الحاضر إلى اعتبار المسئولية العقدية جزاء العقد فى حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته . وأركان هذه المسئولية هى نفسها أركان المسئولية التقصيرية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . ويقول هذا الفقه أن المسئولية العقدية لا تثار إلا عند عدم إمكان التنفيذ العينى أو عند عدم عرض المدين الوفاء عينا إذا طالبه الدائن بالتعويض .

وفى رأى جانب من الفقه أنه يجب التميز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية . ولذلك سمى مذهبه بمذهب ازدواج المسئولية dualite de responsabilité والفكرة الموجهة لهذا المذهب فى رأى أنصاره، هى أن الروابط القانونية أما أن تنشأ عن القانون وإما أن تنشأ عن العقد ، فالحقوق والإلتزامات قد تحددها السلطة العامة وقد تحددها إرادات الأفراد فيما يبرمونه من إتفاقات ومن ثم يوجد وضعان مختلفان : الوضع الأول خاص بحماية مصلحة عامة ، والوضع الثانى خاص بحماية مصلحة فردية . والاعتداء على المصلحة العامة هو إخلال بواجب قانونى ، فهو خطأ تقصيرى. والاعتداء على مصلحة خاصة يعد انتهاكاً للوعد ، فهو خطأ عقدى. وأمام اختلاف طبيعة ومجال كل من المسئوليتين فى نظر هذا الرأى ، فقد أقام تنظيما مختلفاً لكل منهما ورتب فروقاً هامة بينهما .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى وحدة المسئولية Unité de responsabilité لأن كل مسئولية فى نظره هى بالضرورة مسئولية تقصيرية . فالواجبات العقدية لا تختلف فى شىء عن الواجبات القانونية، إذ أن العقد والقانون

يرتدان إلى أساس واحد : القانون هو تعبير عن توافق الإرادات الفردية (العقد الإجتماعى) والعقد هو قانون المتعاقدين . أى أن القانون عقد عام والعقد قانون خاص . ومن ثم فلا يوجد إلا نوع واحد من الخطأ هو الخطأ التقصيرى ، وكل مسئولية بالتالى هى حتما مسئولية تقصيرية ، ومن يخل بتنفيذ ما تعاقد عليه فهو يرتكب عملا غير مشروع illicite . والدعوى التى يباشرها الدائن بطلب التعويض عن هذا العمل ليست مؤسسة على العقد نفسه ، لأن الالتزام الأصلى الذى لم ينفذ قد انقضى بتخلف محله ونشأ التزام آخر أساسه الخطأ التقصيرى .

وتذهب غالبية الفقه الحديث إلى اتخاذ موقف وسط . ومجمل رأيها أن أركان المسئوليتين واحدة وليس هناك فرق جوهرى بينهما ، ولكنهما تختلفان فى أن الالتزام بتعويض الضرر فى المسئولية العقدية مرتبط بالالتزام المتولد عن العقد وهو التزام مرده إرادة المتعاقدين ، أما فى المسئولية التقصيرية فلا يوجد اخلال بالتزام سابق ، بل اخلال بواجب عام هو واجب عدم الإضرار بالغير . ونتيجة لهذا الاختلاف تقوم عدة فروق هامة بين المسئوليتين وإن لم تكن هى كل الفروق التى يقول بها أنصار مذهب ازدواج المسئولية .

* * *

وفى رأينا أن نظام المسئولية العقدية نظام خاطىء كلية . ونستند بصفة أساسية فى إثبات خطأ هذا النظام وعدم جدواه ، إلى رأى لنا عن أساس نشأة الإلتزام العقدى(١) .

وخلاصة هذا الرأى أن الالتزام العقدى ينشأ بتوافر ركنين : — ركن مادى هو صدور تعبير من شخص أثر فى موقف المخاطب فتولدت لديه ثقة فى هذا التعبير ، وركن معنوى هو تحقق مسئولية صاحب التعبير عنه . والمسئولية تقتضى توافر الإدراك وحرية الإختيار . وهذان الشرطان هما

---

(١) فى تفصيل هذا الرأى ، رسالتنا — أساس الالتزام العقدى ، تحت الطبع —

قوام كل مسئولية مهما اختلفت صورها . وما المسئولية فى معناها العام إلا المبرر البديهى لالتزام الشخصى بالنتيجة المتولدة عن نشاطه ، وسواء أكانت نتيجة ضارة أم نتيجة نافعة . إلا أنه لايشترط بصدد المسئولية عن النتيجة النافعة توافر ركن الخطأ .

وقد يقال ان المسئولية هنا مرادفة للإرادة الواعية الحرة ، ومن ثم نتمشى مع مذهب الإرادة . إلا أن هذا المذهب إنما يحمل الإرادة على معنى الرغبة أو المشيئة ، بالنظر إلى تصويره الفلسفى القائم على أن الإرادة تتمتع بسلطان يتيح لها أن تصنع القانون الذى تخضع له ، فاذا شاءت أن تلتزم صح التزامها لأنه جاء وفق مشيئتها . كما يترتب على هذا التصوير أن تكون للإرادة مكنه التحلل مما سبق أن التزمت به بمقتضى نفس سلطانها . وبين الإرادة على هذا المفهوم وبين الإرادة فى معنى المسئولية فروق هامة منها — فيما يختص بالبحث الحالى — أن المدين إذا لم ينفذ التزامه العقدى فان هذا الالتزام ينقضى وينشأ التزام جديد يقع فى نطاق آخر غير نطاق الإرادة فى معنى الرغبة لأنه يتولد رغماً عنها ، ومنها اختلاف مدلول الغلط فى مفهوم الإرادة كظاهرة نفسية باطنة عن مدلوله كما نعمن توافرشرط الإدراك فى المسئولية.

وعلى الرغم من استبعاد كثير من النتائج العملية التى تترتب على الأخذ بمذهب الإرادة ، فان نفوذ النظرة الأساسية لهذا المذهب لازال مستمراً. وقد كان من ثمرته قيام نظام المسئولية العقدية كجزاء على الإخلال بالالتزام العقدى ، وهو نظام نشأ لتفادى نتيجة شاذة يرتبها مذهب الإرادة ، ولعجز هذا المذهب عن تفسير سقوط الإلتزام فى حالة استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

* * *

٢ — الالتزام لا ينقضى لاستحالة التنفيذ لغير سبب أجنبى أو لامتناع المدين عن التنفيذ مع إمكانه .

المسألة الأولية فى صدد بحثنا هى التساؤل عما إذا كان الإلتزام الأصلى ينقضى فى حالة استحالة التنفيذ العينى للإلتزام العقدى لغير سبب أجنبى

وفى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع إمكانه ، حتى يسوغ ان نلجأ إلى المسئولية العقدية لنستمد منها التزاماً بالتعويض يحل محل الالتزام الأصلى ، ذلك أن وضع المسئولية العقدية — حتى فى نظر أنصار ازدواج المسئولية — يعنى حتما أن المسئولية مصدر للالتزام بالتعويض ، والا لما كانت هناك حاجة لإثارتها واستلزم توافر أركانها وعدم تولد الالتزام إذا تخلف أحد هذه الأركان . فاذا ما أجيب على تساؤلنا ذاك بأن الالتزام الأصلى لا ينقضى فى الحالتين المذكورتين فانه لا يكون هناك محل للبحث عن التزام جديد وعن مصدر له .

وواضح فى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع إمكانه أنه ليس هناك سبب لزوال التزامه ، فلا يستطيع المدين بامتناعه أن يتخلص مما التزم به . وما لجأ الدائن إلى طلب التعويض أو على الأصح إلى طلب التنفيذ بمقابل إلا لأن المدين قد امتنع عن التنفيذ العينى ، ومن ثم يتوقع الدائن أن اللجوء إلى طلب هذا التنفيذ لن يكون مجدياً وأن المدين سيضع العراقيل فى طريقه .

وفى حالة استحالة التنفيذ العينى لغير سبب أجنبى ، فان الإلتزام لا ينقضى أيضاً ، إذ لا يوجد هنا سبب من أسباب زوال الالتزام ، إلا إذا قيل أن المدين يستطيع بفعله أن يمحو التزاماً قائماً فى ذمته ، وهو قول غير مقبول بداهه .

ومن ثم يكون خطأ أولياً مايذهب اليه جانب من الفقه ، وخاصة أنصار وحدة المسئولية فى قولهم أنه فى حالة هلاك محل الإلتزام بخطأ من المدين أو فى حالة امتناعه عن التنفيذ العينى ينقضى الالتزام ويحل محله التزام جديد ليس مصدره العقد وإنما مصدره المسئولية ، بدعوى أنه إذا أبرم عقد فان التزاماً أول ينشأ هو تنفيذ الوعد ، فاذا لم ينفذ كلياً أو جزئياً ، فان رابطة قانونية جديدة تقوم وتولد التزاماً على عاتق المدين بجبر الضرر الذى لحق المدين (١) .

---

(١) مازو موسوعة المسئولية جـ ١ فقرة ١٠٠ .

وقد انتقد الأستاذان جوسران وديموج هذا القول (وان كان نقدهما قد انصب على مذهب وحدة المسئولية دون نقد نظام المسئولية العقدية من أساسه) . فيقول جوسران أنه ليس صحيحاً أن الالتزام ينقضى لمجرد أن المدين يرفض تنفيذه، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة للعقد (١) ويقول ديموج : «لقد قيل فى معرض تأييد مذهب وحده المسئولية أنه إذا حدث بعد نشأة الالتزام العقدى ان استحال تنفيذة بسبب خطأ المدين ، أن الدين ينقضى تلقائياً لإستحالة المحل وينشأ التزام قانونى جديد يخضع للمادة ١٣٢٨ ، بيد أن هذا القول يبدو لنا منتقداً لأنه لايتمشى مع بقاء الضمانات التى تكفل الالتزام الأصلى كافلة أيضاً لدين التعويض عند عدم التنفيذ» (٢) .

ويقول ستارك (٣) أن الالتزام الذى يتولد عن العقد هو نفسه الالتزام الذى يتولد عن عدم التنفيذ . والدليل على ذلك أن تأمينات الالتزام الأول تظل قائمة بالنسبة للالتزام الثانى وأن التعويض لا يشمل إلا الضرر المتوقع وأن تاريخ دين التعويض هو تاريخ العقد وليس تاريخ الحكم به وأن التضامن فى التعويض لا يقضى به إلا إذا كان المدينون متضامنين فى الالتزام الأصلى . فكل هذه أوضاع لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار الالتزام بالتعويض مؤسساً على العقد لا على مصدر مستقل ومتميز عنه .

فاذا كان غير صحيح إذن أنه فى غير حالة استحالة التنفيذ العينى لسبب أجنبى لا ينقضى الالتزام العقدى لعدم انحلال الرابطة التعاقدية، فما حاجتنا إذاً إلى اللجوء لنظام المسئولية العقدية لتنشىء لنا التزاماً آخر ، والالتزام الأصلى باق لم ينقض ولا زلنافى دائرة تنفيذه . فاذا مااستحال تنفيذه لهلاك

---

(١) جوسران الالتزامات جـ ٢ فقرة ٤٨٠ .

(٢) ديموج الالتزامات جـ ٥ فقرة ١٢٣٢ . وفى نفس المعنى اسماعيل غانم أحكام الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٨ .

(٣) ستارك : المسئولية المدنية فى وظيفتها المزدوجة كضمان وعقوبة خاصة ١٩٤٧ ص ٢٩٠ — ٢٩٢ .

محله أو لتعنت المدين قام التنفيذ بمقابل execution par equivalent مقامه ، وهو نفسه تنفيذ للالتزام الأصلي لا يحتاج إلى عناصر أخرى ومصدر آخر . لماذا ينفرد الالتزام العقدى دون باقى الالتزامات الأخرى بنظام خاص هو نظام المسئولية العقدية ؟ ولماذا لم يخضع هذا الالتزام كأى التزام آخر إلى نظام التنفيذ بمقابل ؟ .

يقول الأستاذ السنهورى فى نظام التنفيذ بمقابل (ويسميه بعض الفقه التنفيذ بطريق التعويض execution par dommages - inrérets«..فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى — حتى إذا كان ممكناً — واقتصر على طلب التعويض، ولم يعرض المدين من جهته أنه يقوم بتنفيذ التزامه عيناً فانه يستعاض عن التنفيذ العينى بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين فمادام الدائن لم يطلب التنفيذ العينى وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، ومادام المدين لم يعرض التنفيذ العينى فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الإتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً من التنفيذ العينى — ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بدلياً بجانب التنفيذ العينى ، فليس للالتزام إلا محل واحد هو عين ما التزم به المدين أى التنفيذ العينى — ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييرى ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العينى فالتعويض ليس بالتزام بدلى . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العينى التعويض النقدى لا بارادة الدائن وحده ولا بارادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقى التنفيذ العينى ممكناً أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين . وفى هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدى إلا بديلا عن التنفيذ العينى فالإلتزام هو هو لم يتغير وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون» (١) .

(١) السنهورى : الوسيط جـ ٢ فقرة ٤٠٩ .

ونلاحظ أولا ما يأتى :

١ — أن التعبير الأوفق لاقتضاء حق الدائن فى حالة استحالة التنفيذ لغير سبب أجنبى وفى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع إمكانه، هو تعبير التنفيذ بمقابل وليس التنفيذ بطريق التعويض ، لأن التعبير الأخير يوهم بأن (للتعويض) مصدر آخر غير مصدر الالتزام الأصلى وأن إقتضاء التعويض يستلزم توافر شروط أخرى .

٢ — أن التنفيذ بمقابل فى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع إمكانه ليس مرده اتفاقاً ضمنياً بين المتعاقدين ، فهذا محض افتراض لا يتفق مع الواقع ، إذ معناه أن الطرفين قد توقعا عند إبرام العقد أنه لن ينفذ من جانب أحدهما فاتفقا على التنفيذ بمقابل من النقود محل التنفيذ العينى . وإنما يرجع الأمر فى التنفيذ بمقابل فى هذه الحالة وفى حالة استحالة التنفيذ العينى لغير سبب أجنبى ، إلى أن التنفيذ العينى ليس مقصوداً لذاته ، وإنما لأنه يحقق منفعة معينة مقومة بمال ، فيتحول التنفيذ العينى فى هاتين الحالتين إلى هذا التقويم النقدى ليحصل الدائن على نفس المنفعة التى كان سيحققها له التنفيذ العينى .

٣ — أن بعض الفقه يقول أن التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض هو بحث للمسئولية ، وان شروط استحقاق التعويض هى شروط المسئولية العقدية ذاتها (١) وسنرى فى سياق بحثنا أن هذا غير صحيح وأن التنفيذ بمقابل لا يتطلب أية شروط على وجه الإطلاق .

* * *

والذى نستخلصه مما تقدم أنه فى غير حالة استحالة التنفيذ العينى لسبب أجنبى ، يبقى الإلتزام قائماً ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العينى ، إذ لازلنا فى دائرة تنفيذ هذا الإلتزام ، فلا حاجة بنا إذا إلى إنشاء التزام جديد وإلى

---

(١) راجع فى ذلك أنور سلطان : أحكام الإلتزام فقرة ٦٧ — سليمان مرقص أحكام الإلتزام ص ١٠٩ .

البحث عن مصدر له . ولنا أن نتساءل : لماذا لجأ الفقه إلى نظام المسئولية العقدية فى هذا المجال ولم يلجأ لنظام التنفيذ بمقابل ؟ ولماذا قال جانب من الفقه أن الالتزام الأصلى ينقضى ويحل محله التزام جديد ؟ يبدو أن مذهب الإرادة هو الذى يتحمل جانباً من تبعه هذا الانحراف نتيجة اعتداده بالمدلول الخاطىء لمعنى (الإرادة) ، فالفقه يقول عادة فى هذا الصدد أن الالتزام الأصلى الناشىء عن العقد قوامه الإرادة فاذا لم ينفذ المدين التزامه فان التزاما آخر ينشأ مصدره القانون la loi ومؤسس على المسئولية ، وهذا الالتزام الجديد يقع فى نطاق آخر غير نطاق مبدأ سلطان الإرادة إذ ينتهى هنا عمل الإرادة ويقوم التزام جديد لادور للإرادة فيه (١) ويقول الأستاذان هنرى وليون مازو فى هذا المعنى أن الالتزام الأصلى منشؤه الإرادة المشتركة للمتعاقدين أما الالتزام الآخر المؤسس على المسئولية فينشأ خارجاً عن هذه الإرادة لأنه يتولد رغماً عن المدين (٢) .

والخطأ فى هذه الفكرة إنما يرجع إلى حمل الإرادة – كأساس لنشأة الالتزم العقدى – على معنى الرغبة والمشيئة ، مما يكون معه إجبار المدين على التنفيذ بمقابل منافياً لهذا المعنى . فى حين أننا لو حملنا الارادة الواعية الحرة على معنى المسئولية كأساس لنشأة الالتزام العقدى – فان استمرار الاستناد إلى هذا الأساس لاينطوى على تناقض ما فى حالة تحول التنفيذ العينى إلى تنفيذ بمقابل .

٣ – خطأ المقارنة بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية بالقول بأن قوام كلتيهما إخلال بالتزام سابق :

وثمة خطأ آخر يقع فيه بعض الفقه ، خاصة أنصار وحدة المسئولية ، فى قولهم أنه لاخلاف بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من ناحية أن كلا منهما مصدر للالتزام ، وقوام كلتيهما الإخلال بالتزام سابق . غاية الأمر كما

---

(١) راجع فى عرض رأى هذا الفقه – ستارك – ص ٢٨٥

(٢) مازو ج ١ فقرة ١٠٠

يقولون أنه فى المسئولية التقصيرية يوجد إخلال بالتزام فرضه القانون وفى المسئولية العقدية يوجد إخلال بالتزام ناشىء من العقد (١) .

ووجه الخطأ فى هذا القول أنه ليس هناك أصلا ثمة وجه للمقارنة بين الالتزام العقدى وبين ما يسمى بالالتزام القانونى المقول بأن الإخلال به يحرك المسئولية التقصيرية ، فالالتزام الأول هو التزام بالمعنى الفنى لهذه الكلمة أما الثانى فليس التزاماً بهذا المعنى ، ذلك أن الالتزام الأول يقابله حق مالى معين يوجد فى حيازة المدين قبل تنفيذه ولا يحتاج الأمر إلا إلى نقله من حيازته إلى حيازة الدائن ، ويمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه للغير وهو لازال فى حيازة المدين . بينما (الالتزام) القانونى الذى يعتبر الإخلال به مولداً للمسئولية التقصيرية بعيد عن هذا المعنى ، إذ لا يقابله حق مالى يمكن التصرف فيه فهو ليس التزاماً بالمعنى الفنى ، ولكنه واجب عام على الكافة بعدم الإضرار بالغير ، والإخلال به هو الذى يكون ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية .

وقد لاحظ خطأ تلك المقارنة بعض الفقه ، ولكن ملاحظته كانت بصدد التمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فيقول الأستاذ عبد الحى حجازى : «فالالتزام بمعناه الفنى هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، وعلى ذلك لا يوجد الالتزام إلا إذا كان هناك دائن ومدين . وكان كل منهما معيناً ..وفى المواد التعاقدية لا شك فى وجود الدائن والمدين. أما فى المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل غير المشروع . والذى يوجد قبل ذلك هو واجب قانونى بعدم الإضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص ، فلا يوجد المدين ولا الدائن إلا عند الإخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانونى العام إلى التزام معين الدائن والمدين . وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن المسئولية

---

(١) مازو جـ ١ فقرة ١٠٠

التقصيرية تنشأ عند الإخلال بالتزام سابق فالالتزام بمعناه الفنى غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع ،هو ينشأ من الجريمة ومن ثم لا يكون سابقاً عليها . وعلى ذلك لا يجوز أن تسوى بين المسئوليتين إحداهما تنشأ عن الإخلال بالتزام تعاقدى والأخرى تنشأ من الإخلال بواجب قانونى عام » (١) .

وإذا كان الفقه يستند إلى هذا القول للتمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فنحن نقول أنه ليس فرقاً بين نوعين من المسئوليه ، بل هو فرق حاسم بين نظام وبين نظام آخر لا يجعل منهما نوعين لجنس واحد ، ذلك أنه متى نشا الإلتزام العقدى نشأ معه حق مالى للدائن لا يزول إلاباستحالةالتنفيذ لسبب أجنبى (٢) . وفيما عدا ذلك يتعين تنفيذ هذا الالتزام دون تطلب أية شروط أخرى لنقل الحق من حيازة المدين إلى حيازة الدائن، وليس هذا هو الشأن فى المسئولية التقصيرية .

وقد أخذت غالبية الفقه الحديث تتجه لا شعوريا إلى البصر بهذه الحقيقة بعدم اشتراطها ركن الخطأ فى المسئولية العقدية كما سنرى فيما بعد . كما أخذ جانب من الفقه يردد القول بأن المسئولية العقدية جزاء على الإخلال بالتزام سابق ، بينما الأمر فى المسئولية التقصيرية خاص بنشأه الالتزام ، أى أنه فى المسئولية العقدية يكون الغرض هو المحافظة على حق مكتسب بينما تستهدف المسئولية التقصيرية خلق رابطة قانونية (٣) .

وهذا هومايوجه اتجاه الفقه — حتى أولئك الذين يميلون إلى مذهب وحده المسئولية — إلى القول أن هناك فرقاً هاماً بين المسئوليتين فى مجال الإثبات ،

---

(١) عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ١٩٥٣ ج ٢ ص ٣٧٠ وفى هذا المعنى ستيفانى مذكراته عن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٤٩ / ١٩٥٠ وحشمت أبوستيت نظرية الإلتزام من القانون المدنى الجديد ١٩٥٤ فقرة ٤١١ إسماعيل غانم — أحكام الإلتزام فقرة ٤٥ وقرب ذلك جوسران ج ٢ فقرة ٦١٧ .

(٢) القول بأن الإلتزام العقدى ينقضى لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى هو قول الفقه الحاضر أما نحن كما سيجىء فنرى أن الالتزام لم ينشأ فى هذه الحالة أصلا .

(٣) راجع فى ذلك برن ، روابط ونطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية ١٩٣١ فقرة ٢٣

(٤) بلانيول وريبر وبولانجيه ج ٢ فقرة ٩٢٦ .

لأن مركز الدائن التعاقدى أفضل فى هذه الناحية من مركز الدائن فى المسئولية التقصيرية ففى المسئولية العقدية — كما يقولون — يوجد التزام محدد obligation precisée يكون الخطأ العقدى تبعاً له ذا معيار مادى يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الإلتزام ، بحيث لا يتحمل الدائن فى هذه الحالة غير إثبات نشأة العقد ، وليس الأمر كذلك فى المسئولية التقصيرية حيث يجب على الدائن أن يثبت وقوع خطأ من المدين (١) .

ولكن الواقع أنه إذا كان الدائن العقدى فى مركز أفضل من مركز الدائن فى المسئولية التقصيرية ، فليس ذلك كما يقال مرده فرق فى الإثبات ، ذلك الالتزام العقدى كما سبق القول شيء مختلف تماماً عن ذلك الواجب الذى يعتبر الإخلال به محركاً للمسئولية التقصيرية فما هو بالتزام حتى يقارن بينه وبين الالتزام العقدى ، ولكنه واجب عام بعدم الإضرار بالغير يكون الإخلال به عنصراً فى ركن الخطأ . وإذا فالمسألة ليست مسألة سهولة إثبات ركن الخطأ فيما يسمى بالمسئولية العقدية وصعوبته فى المسئولية التقصيرية ولكن المسألة أنه فى الأولى لا محل إطلاقاً لإثارة ركن الخطأ ، إذ نحن أمام التزام يقابله حق للدائن يجب تنفيذه ، هذا التنفيذ لا يستلزم البحث فى أى أمر آخر ، ويظل هذا التنفيذ واجباً فى كل الأحوال ما دام أن مصدر الإلتزام لم ينحل بسبب أجنبي . أما فى المسئولية التقصيرية فنحن أمام بحث نشأة التزام لم يكن موجوداً من قبل ، وتتطلب نشأته إثبات ركن الخطأ فى حين أن عدم تنفيذ الالتزام العقدى عينا وتحوله إلى تنفيذ بمقابل لا يستتبع نشأة التزام جديد يحتاج إلى البحث عن مصدر له واستلزام توافر ركن الخطأ فى هذا المصدر ، فالالتزام هو هو لم يتغير ولازلنا فى دائرة تنفيذه .

---

(١) راجع فى ذلك برن فقرة ٤٨

٤ – إتجاه الفقه الحديث إلى عدم إستلزام ركن الخطأ فى المسئولية العقدية :

أن أول مايثور فى الذهن بصدد هذه المسألة ، هوأن التنفيذ العينى لا يستلزم ولا يتصور فيه استلزام وقوع خطأ من المدين فكيف تتطلب استلزام الخطأ لأعمال التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ؟ (١) .

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التقصير ركن فى المسئولية العقدية ، ومن ثم يقولون أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام لا يحرك المسئولية وأنه يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يقصر. ومن بين الأمثلة التى يضربونها لتأييد رأيهم قول الأستاذ بهجت بدوى « صاحب مصنع التزم بتوريد منتجات مصنعه فى ميعاد معين .. ولم يوردها فى الميعاد . المدين (صاحب المصنع) لم ينفذ التزامه ولم يحقق الغاية العملية التى رمى اليها الدائن ولكن ذلك لا يعنى حتما أن صاحب المصنع مقصر فى عدم تنفيذ التزامه ومسئول قبل الدائن ما لم يثبت السبب الأجنبى ، إن قد يمنعه قيام حاله الحرب وتفضيله إختياراً تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش بدافع الوطنية ، ولا يقال أن حالة الحرب إنما هى قوة قاهرة تنفى ركن السببية ما دام تفضيل صاحب المصنع تشغيل مصنعه للجيش وقع اختياراً لا نتيجة لأمر إستيلاء» (٢) ولكن هذا القول مردود بأن دافع الوطنية الذى ينفى ركن التقصير ، يقتضى أن يدفع صاحب المصنع للدائن مقابل ما فاته من نفع بسبب عدم تنفيذ الأول لإلتزامه ، وإلا كان القول بغير ذلك معناه أن الدائن هو الذى تحمل النتيجة كلها أو بعضها رغماً عنه ، وصاحب المصنع هو الذى أرغمه على ذلك وأدعى الوطنية على حسابه .

ويضرب الأستاذ بهجت بدوى مثلا آخر فيقول «كذلك يعتبر الإخلال

(١) قرب هذا المعنى ستارك ص ٢٩٤ – ٢٩١
(٢) بهجت بدوى : أصول الإلتزام فقرة ٣٠١ .

غير تقصيرى إذا كان راجعاً إلى خطأ أو جهل لم يكن من الممكن دفعه erreur ou ignorance inévitable أو بتعبير أدق إذا كان هذا الخطأ أو الجهل مما يقع فيه الرجل المتوسط الحرص إذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية . مثل هذا الخطأ أو الجهل لا يعتبر تقصيراً . والأمثلة على هذا عديدة فى أحكام المحاكم فقد حكم بأن المدين الذى يسىء تفسير شروط العقد فى صورة يدق فيها التفسير لا يسأل عن تنفيذه الخاطىء» (١) ولكن هذا القول مردود بأن المشكلة هنا لاعلاقة لها بالمسئولية وإنما تتعلق بمسألة أولية هى تحديد مضمون الالتزام ومن ثم فهى مسألة تفسير .

ومع ذلك فان أنصار نظرية الخطأ يسلمون بأن هناك التزامات يتحمل المدين نتيجة عدم تحقيقها حتى ولو كان غير مقصر ، كما فى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فلا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه الالتزامات باثبات أنه لم يخطىء ، فلو أن البائع مثلا كان يجهل أنه غيرمالك للمبيع وكان معذوراً فى جهله فانه يلتزم مع ذلك بتعويض المشترى (٢) .

وفى رأى الأستاذ اسماعيل غانم (٣) على ــ خلاف الرأى الشائع ــ أن السبب الأجنبى الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ لاينفى علاقة السببية بمعناها الدقيق ــ وهى التى تربط بين عدم التنفيذ والضرر ــ وإنما ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ بنفى نسبته إلى المدين . وعلى ذلك فانه إذاكان المدين لا يلزم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن سبباً أجنبياً لابد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلا، فانه لا تفسير لانتفاء المسئولية فى هذه الحالة إلا بانتفاء الخطأ ، إذ أن هذه الحالة تعنى أن المدين غير ملوم لعدم استطاعته القيام بالتنفيذ .

---

(١) بهجت بدوى : الموضع السابق .

(٢) راجع فى ذلك بهجت بدوى فقرة ٣٠٢ وستارك ص ٢٧٦ .

(٣) أحكام الإلتزام فقرة ٤٦ .

وسنرى عند بحث ركن علاقة السببية أن أثر السبب الأجنبى فى نفيه الخطأ عن المدين إنما يرتد إلى بدء العلاقة التعاقدية ، فيمنع نشأة الالتزام أصلا .

وقد أصبح الرأى الغالب فى الفقه يتجه إلى عدم إشتراط توافر ركن الخطأ فى المسئولية العقدية أو على الأقل إلى إعتباره كما مهملا ، بمعنى أن مجرد عدم التنفيذ للإلتزام يحرك المسئولية مالم يثبت المدين قيام السبب الأجنبى ، فلا يباح له أن يثبت أن عدم التنفيذ غير راجع إلى تقصيره ، فهو مسئول عن مجرد فعله simple fait فاذا ما نشأ الالتزام فى ذمته فيجب عليه تنفيذه ويكون مسئولا عن عدم التنفيذ حتى لو زالت أهليته بعد نشأة الالتزام ، وحتى لو كان يجهل نشأة هذا الإلتزام ، فلا حاجة إذن لفحص سلوكه لمعرفة ان كان قد بذل عناية الشخص المعتاد أم لا (١) .

على أن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى رأى مخالف فى المظهر وإن كان ينتهى إلى نفس نتيجة الرأى السابق ، إذ يقول أن المدين يعتبر مسئولا لمجرد عدم التنفيذ لأن عدم التنفيذ هو نفسه الخطأ العقدى أيا كان السبب فى ذلك ، فليس عدم التنفيذ قرينة على الخطأ بل هو الخطأ نفسه ، فاذا لم ينفذ المدين التزامه فهو مخطىء ولا يجوز له أن يثبت أنه لم يخطىء، ولا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته إلا باثبات الأجنبى (٢) .

وهذا هو الرأى الذى تبناه القانون المدنى المصرى الجديد ، فقد نصت المادة ٢١٥ منه على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزا م عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه» . وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه « يتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدى بوجوب الوفاء عيناً ، إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلا ، وعلى هذا النحو يفترض التخلف

---

(١) راجع فى عرض هذا الرأى ، برن فقرة ٢٣ ، وجو سران جـ ٢ فقرة ٦١٢ .

(٢) بلانيول وريبر وبولانجيه جـ ٢ فقرة ٧٠٣ . وكولان وكابيتان وذى لامورانديير جـ٢

تقصير المدين أو خطئ. فاذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه» (١)
ويقول معظم الشراح المصريين أن الخطأ العقدى فى القانون المدنى الجديد هو مجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى أيا كان السبب فى ذلك ، «فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه . . فاذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدى ، يستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن عمده أو عن إهماله أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال) »(٢) «فليس صحيحاً أن عدم التنفيذ بفترض فيه الخطأ من جانب المدين ، وانما عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته ، فاذا قام الدليل على عدم التنفيذ كنا بصدد خطأ ثابت لاخطأ مفروض » (٣) .

والحقيقة أنه لا فرق بين هذا الرأى وبين الرأى السابق فى النتيجة التى ينتهى اليها كلاهما ، ما دام أن الرأى الثانى يقول أن المدين يعتبر مسئولا لمجرد عدم تنفيذه لإلتزامه أيا كان السبب فى ذلك ، ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى مجرد فعله دون عمد أو إهمال ومن ثم لا يباح له أن يثبت أنه لم يقصر . ولكن هذا الرأى الثانى يتوجه اليه النقد من ناحية ما يشوبه من انحراف وتناقض فى صياغته، إذ يعتبر عدم التنفيذ مرادفاً للخطأ ، مع تسليمه فى الوقت نفسه بأن عدم التنفيذ يحرك المسئولية ولو كان قد وقع دون تقصير . ومن ثم فوصف عدم التنفيذ هنا بالخطأ وصف زائد لأنه غير ضرورى، إذ يمكن القول مباشرة أن المسئولية العقدية تتوافر بحدوث الضرر الناشىء من عدم تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة لإثارة فكرة الخطأ أصلا . ولن يخسر هذا الرأى بذلك شيئاً . هذا إلى أن وصف عدم التنفيذ هنا بأنه خطأ فى كل حالة دون فحص سلوك المدين يفرغ الخطأ من مقوماته ويبتعد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٤٢ .
(٢) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٤٢٧ .
(٣) عبد المنعم الصده : مصادر الإلتزام فقرة ٣١٠ ، وفى هذا المعنى حشمت أبوستيت فقرة ٣٥٤ وأنور سلطان ، مصادر الإلتزام فقرة ٢١٨ وسليمان مرقص ، أحكام الإلتزام ص ١١٠ .

به عن معناه وجوهره لينتهي به إلى صفة عامة مجردة تطبق تطبيقاً آلياً أعمى دون التحقق مما إذا كان المدين قد قصر حقيقة أم لا (١) .

ويذهب رأى قوى فى الفقه الحاضر إلى التفرقة بين نوعين من الالتزامات العقدية الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de resultat والالتزام بوسيلة obligation de moyen ، ففى الالتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ خطأ ثابتاً من المدين ، بينما فى النوع الثانى يتعين على الدائن أن يثبت أن المدين قد إرتكب خطأ بأن أهمل فى تنفيذ التزامه (٢) .

ويقول الأستاذان هنرى وليون مازو فى عرض هذا الرأى وتأييده أن الالتزام أما أن يكون معيناً ومحدداً obligation precisée et determinée وهذا هو الغالب فى الالتزامات التعاقدية ، وأما أن يكون التزاماً عاماً بوجوب اليقظة والعناية obligation generale de prudence ففى النوع الأول إذا لم ينفذ المدين التزامه فيكون قد انتحى مسلكاً لا يجب أن يسلكه ومن ثم يكون Las eule inexecution provenant du faitdu debiteur constitue donc une faute مجرد عدم التنفيذ منطوياً على خطأ لأنه إذا ما أبرم عقد تحمل فيه المدين بالتزام محدد فيجب عليه أن ينفذه فان لم يفعل كان مخطئاً ، وعدم التنفيذ هنا ليس قرينة على الخطأ presomption de faute وإلا كان مؤدى ذلك ان يباح للمدين أن يثبت أنه لم يخطىء . ولكن الخطأ هنا ثابت prouvée أو محقق réalisée وهو خطأ يكفى بنفسه نفسه Il y a la une faute qui se suffit à elle - même. أما النوع الثانى وهو الالتزام العام باليقظة والعناية فهنا يلزم المدين لا بنتيجة محددة ، ولكن ببذل عناية أو اصطناع يقظة للوصول إلى نتيجة ، كالطبيب الذى يعالج مريضاً ، والوديع المكلف بالمحافظة على الوديعة . فاذا لم ينفذ المدين هذا الالتزام العام، فقد أخطأ . ويكون عدم التنفيذ هنا مرادفاً للخطأ

---

(١) فى هذا المعنى ستارك ٢٧٦ .

(٢) راجع فى ذلك بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقرة ٣٧٧ هنرى وليون مازو جـ ١ فقرة ٦٦٩ وما بعدها إستيفانى ، مذكراته ص ٩٣ ستارك ص ٢٩٣ .

كما هو الحال بالنسبة للالتزام المحدد ، ولكن الصعوبة هنا هى فى معرفة ماإذاكان هناك عدم تنفيذ أم لا ، فبينما فى الإلتزام المحدد يكون عدم التنفيذ متضمناً خطأ ظاهراً يتقرر تلقائياً automatiquement ، ويكفى فيه أن يثبت أن الالتزام لم ينفذ دون حاجة لفحص سلوك المدين والبحث عما إذا كان قد تصرف بحكمة وعناية فان أمر الالتزام العام باليقظة والعناية يستدعى التحقق عما إذا كان المدين قد راعى فى تصرفه ما يقتضيه هذا الالتزام من تبصر وتدبر وحيطه . وهذا يتطلب فحص سلوكه ، ويكون عبء إثبات وقوع تقصير منه على عاتق الدائن (١) .

* * *

وإذاً فنحن أمام آراء ثلاثة :

١ — رأى يقول أن الخطأ ليس ركناً فى المسئولية العقدية .

وهذا الرأى هو الذى يتفق مع التحليل العلمى للمسألة مما أشرنا اليه من قبل من أنه فى غير حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبي فان الالتزام لا يسقط ويجرى تنفيذه هو نفسه بمقابل ، ومن ثم لا حاجة إلى البحث عن التزام جديد ولا حاجة بالتالى إلى البحث عن مصدر له ولا محل إذا لاستلزام توافر ركن الخطأ لاقتضاء مبلغ من النقود يحل محل التنفيذ العينى .

٢ — رأى يقول أن عدم تنفيذ الالتزام هو الخطأ ، وهو خطأ ثابت لا مفروض بحيث لا يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يخطىء وقد رأينا أن نتيجة هذا الرأى تنتهى إلى نفس نتيجة الرأى السابق .

٣ — رأى يفرق بين الإلتزام بتحقيق نتيجة وبين التزام بالعناية ، ويرى أنه فى الإلتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ محركاً للمسئولية ، وفى الالتزام الثانى يتعين على الدائن أن يثبت تقصير المدين .

---

(١) مازو جـ ١ فقرة ٦٦٩ — ٦٧٠ .

وسنرى فى الفقرة التالية أن هذه التفرقة ، وذلك الخلاف بين الآراء الثلاثة إنما يرتد إلى خطأ فى أصل المسألة ، وهو عدم تحديد مجال الالتزام العقدى وامتداده خارج نطاقه الحقيقى ، فنشأ عن ذلك اختلاط الأمور وتعقدها ، وبجلاء هذا الخطأ تزول عقبة جوهرية كانت تحجب الرؤية وتحول دون وضع الأمور فى نصابها الصحيح ، ومن ثم يكون الطريق ممهداً لإلغاء نظام المسئولية العقدية .

٥ — تحديد الالتزام العقدى :

يقول الفقه الحاضر فى تحديد نطاق المسئولية العقدية أن اعمالها يجرى فى حالة الإخلال بالتزام عقدى إخلالا نشأ عنه ضرر . وفى بيان ما هو الالتزام العقدى يقول الفقه أنه لا صعوبة إذا كان الالتزام منصوصاً عليه صراحة فى العقد ، ثم يقول أنه إلى جانب ذلك قد يستخلص من إرادة المتعاقدين الضمنية قيام التزام عقدى ما (١) .

بيد أن الفقه الحاضر تحت تأثير الأهمية التى أضفاها على المدلول الخاطىء للإرادة كمصدر للإلتزام العقدى ، قد وسع فى دائرةهذا الالتزام ، فاقحم فيها كل تعهد تقول به الإرادة صراحة أو ضمناً ولو كان محل هذا التعهد موجوداً قبل انعقاد العقد أو موجوداً بغض النظر عن إنعقاده،وظن على أن هذا التعهد الذى يتضمن واجباً بالعناية وعدم التسبب فى الإضرار بمحل لم ينشئه العقد يعتبر التزامه عقدياً ، بحيث يكون الضرر الذى يلحق بهذا المحل ضرراً عقدياً تحكمه المسئولية العقدية مع أنه فى ذات الوقت يعتبر ضرراً تقصيرياً تحكمه المسئولية التقصيرية ، ومن هنا نشأ ازدواج المسئوليتين ومشكلة الخيرة بينهما وما اثارته من صعوبات وخلافات استحال حلها نتيجة هذا الخطأ فى أصل المسألة .

---

(١) راجع على سبيل المثال مازو جـ ١ فقرات ١٥٥ — ١٦٩ ، وبرن فقرة ١٧٦ ، ومارتين الخيرة بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ١٩٥٧ ص ٣٥

والحقيقة أن ما يسمى بالضرر العقدى إنما هو ذلك الضرر الذى يمس قيمة مالية أنشاها العقد . أما الضرر الذى يصيب حقاً مالياً لم ينشئه العقد فمجاله المسئولية التقصيرية حتماً ، وإلا تجاوز الالتزام العقدى قيمته الصحيحة وكان معنى ذلك أن يعتبر مجرد الواجب بعدم الإضرار بالغير التزاماً ، بالمعنى الفنى للإلتزام .

ولنضرب بضعة أمثلة على ما تقول به :

١ — شخص اشترى آلة فانفجرت بعد شرائها ولحقها تلف كلى أو جزئى وأصيب المشترى فى شخصه أو فى مال آخر له . هنا نحن أمام مسألتين متميزتين تماماً : مسألة تلف الآلة ، وهذه مسألة عقدية بحتة تتمثل فى الإخلال بالتزام عقدى ويحكمها نظام التنفيذ بمقابل (وفى رأى الفقه الحاضر المسئولية العقدية) حيث يتعين على البائع أن يدفع للمشترى مقابل التزامه بضمان العيب دون حاجة لإثبات تقصير من جانبه . والمسألة الثانية مسألة إصابة المشترى فى جسمه أو فى مال آخر له نتيجة هذا الإنفجار . والضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشئها العقد فيكون ضرراً تقصيرياً تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٢ — شخص باع ماشية موبوءة فانتقلت منها العدوى إلى مواشى المشترى الأخرى . الالتزام هنا خاص بالماشية المباعة فقط ويلزم البائع بالضمان عنها فى كل الأحوال دون استلزام وقوع خطأ منه . أما الضرر الذى أصاب المشترى فى مواشيه الأخرى فهو ضرر تقصيرى يتطلب توافر أركان المسئولية التقصيرية لأنه ضرر لحق بقيمة مالية لم ينشئها العقد فلا يعتبر من ثم نتيجة إخلال بالتزام عقدى وإلا كان القول بغير ذلك معناه أن قيمة الإلتزام العقدى تشمل قيمة المواشى الأخرى التى إنتقلت اليها العدوى.

٣ — مستأجر لعين انهارت فأصابت منقولاته بتلف . هنا لم ينفذ المؤجر التزامه بانتفاع المستأجر بالعين فيكون للمستأجر الحق فى اقتضاء مقابل هذا الالتزام ما دام أن هذا الإلتزام لم ينحل لسبب أجنبى . أما الضرر الذى لحق المستأجر فى منقولاته فهو ضرر تقصيرى لا عقدى .

٤ – مستأجر لعين حدث بها حريق أثناء شغله لها . الضرر الذى لحق المالك المؤجر لم يكن نتيجة إخلال المستأجر بالتزام عقدى بالمعنى الفنى للالتزام ، بل نتيجة الإخلال بواجب المحافظة على العين المؤجرة من جانب المستأجر . وليس محل هذا الواجب شيئاً أنشأه عقد الإيجار ، فالمسئولية هنا تقصيرية وقيام هذا الواجب إنما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ فى هذه المسئولية .

٥ – الطبيب الذى يتعاقد مع مريض لعلاجه . إذا لم يقم الطبيب بالعلاج المتفق عليه ، فالمريض له حق التنفيذ بمقابل فى كل الأحوال دون حاجة لإثبات تقصير الطبيب ويقدر التنفيذ بمقابل هنا بما يتكبده المريض من نفقات علاجه لدى طبيب آخر . أما إذا كان المريض قد أصابه ضرر بسبب امتناع الطبيب عن تنفيذ التزامه وعلاجه ، أو بسبب عدم مراعاته الأصول العلمية والفنية فى العلاج ، فالضرر هنا تقصيرى تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٦ – المسافر الذى يصاب أثناء النقل . الضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشئها عقد النقل فتكون أمام مسئولية تقصيرية . والأمر كذلك فى عقد نقل الأشياء .

ويبين من هذه الأمثلة أن العقد إذا أنشأ للمتعاقد قيمة مالية فيجب على المتعاقد الآخر المدين أن يحققها له بعينها فان لم يفعل الزم بمقابل هذه القيمة بمقتضى التزامه الأصلى الناشىء عن العقد دون حاجة لاستلزام خطأ من جانبه . أما إذا كانت المنفعة التى انتقصت لم تتولد عن العقد وإنما هى منفعة مستقلة عنه ، فان الإضرار بها يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية ويستدعى البحث فى توافر أركانها .

ويلاحظ أنه أحياناً لولا إبرام العقد لما نشأت المسئولية التقصيرية عن تعويض ضرر أصاب المتعاقد فى قيمة لم تنشأ عن العفد ، كالوديع فى التزامه بالمحافظة على الوديعة ولم يكن محملا بهذا الإلتزام من قبل ، والأجير الذى

يتعهد بمصاحبة كفيف ورعايته . ولكن ليس معنى ذلك أن المسئولية هنا ذات أصل تعاقدى أو أنها مسئولية تعاقدية ، ذلك أن الواجب الذى أنشأه التعاقد ليس إلا عنصراً واقعياً فى ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية . فالمعروف فى مبادىء هذه المسئولية أن الشخص لا يسأل عن حدوث ضرر لغيره لمجرد امتناعه عن دفع هذا الضرر ، ولكنه يكون مسئولا إذا كان مكلفاً بدفع هذا الضرر بموجب إتفاق أو نص فى القانون . فرجل الشرطة إذا قصر فى منع جريمة كان فى استطاعته أن يمنعها يكون مسئولا مسئولية تقصيرية لأن هذا يعد إخلالا بواجبات وظيفته ، ولا يعنى هذا أن المسئولية ليست تقصيرية أو أنها مسئولية مزدوجة : تقصيرية ووظيفية (فى مجال التعويض عن الفعل الضار) .

وخطأ الفقه الحاضر أنه لم يفرق بصدد ذلك الإلتزام بالحفظ أو العناية بين مسألتين متميزتين تماماً : مسألة إخلال الملتزم بهذا الالتزام بامتناعه عن القيام به أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه ، وهذه مسألة عقدية بحتة يحكمها نظام التنفيذ بمقابل . والمسألة الثانية هى مسألة حدوث ضرر بالشىء موضوع الالتزام بالعناية ، وهذه مسألة تحكمها المسئولية التقصيرية وحدها ، لأن قيمة هذا الشىء لا تدخل ضمن قيمة هذا الإلتزام ، فهو لم ينشئها وقد كانت موجودة قبل وجوده . وقد ظن الفقه الحاضر أنه مادام أن الضرر الذى حدث كان نتيجة للاخلال بواجب أنشأه العقد فيكون الضرر هنا تعاقدياً ، ولم يلاحظ أن الإخلال بهذا الواجب ليس الاعنصراً فى ركن الخطأ أحد أركان المسئولية التقصيرية أى أنه ليس إلا واقعة بالنسبة لهذه المسئولية . فكل ما نبحثه على ضوء الواقع بصدد قيام هذه المسئولية هو معرفة أن كان المتعاقد قد أخطأ أم لا بأن كان فى إستطاعته أن يتفادى وقوع الضرر المكلف بمنعه أم لم يكن فى استطاعته ذلك .

والصورة العكسية لهذا الوضع هو ما يسمى فى الفقة باتفاقات نقل المسئولية التقصيرية ، كمالك الحيوان أو السيارة يؤجرها لآخر ، فلا يعتبر المالك مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير من الحيوان أو السيارة لعدم

توافر ركن الخطأ من جانبه . وإنعدام هذا الركن يرجع إلى الاتفاق الذى بمقتضاه نقل واجب الحراسة إلى المستأجر .

ففى الصورة الأولى أنشأ الاتفاق واجباً بالعناية ، وفى الصورة الثانية نقل الاتفاق هذا الواجب على عاتق شخص آخر . وفى كلتا الصورتين عنصر واقع بالنسبة لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية لا يرتد بها إلى مسئولية اتفاقية .

وقد كان عدم البصر بهذه الحقيقة ما أدى إلى شذوذ تطبيق قاعدة واحدة على حالتين متميزتين تماماً حالة : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، وحالة حدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد مما يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية وحدها . فاذا كانت القاعدة العامة تنص على مساءلة المدين العقدى مالم يثبت أنه استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فإن من الظلم اعمال هذه القاعدة فى الحالة الثانية بمساءلة المدين مالم يثبت قيام القوة القاهرة . دون أن يباح له التدليل على انتفاء أى خطأ من جانبه باثبات أنه اتخذ العناية الكافية . ولذلك إضطر الأستاذ تونك Tunc(١)، فى محاولة لرفع هذا الشذوذ ، إلى تعديل الفكرة السائدة عن القوة القاهرة بأن نفى عنها عنصرى عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ، ونزل بها إلى مستوى أية عقبة لا تستطيع عناية الشخص المعتاد bon père de famille أن تتغلب عليها ، ومن ثم إعتبار القوة القاهرة مرادفة لانتفاء الخطأ . فى حين أنه لا حاجة بنا إلى هذا التعديل فى فكرة القوة القاهرة ، إذ أن المسئولية التى استرعت نظر الأستاذ تونك ووجد من الظلم عدم إمكان نفيها إلا باثبات القوة القاهرة فى معناها السائد ، إنما هى مسئولية تقصيرية يستلزم لتوافرها قيام ركن الخطأ ، بدليل الأمثلة التى ضربها أو أشار اليها لبيان عدم استحالة نفى المسألة عليها إلا باثبات القوة القاهرة فيما تستلزمه من توافر شرطى عدم إمكان التوقع

---

(١) مقالة عن القوة القاهرة وإنتفاء الخطأ فى المواد التعاقدية ، بالمجلة الفصلية ١٩٤٥ ص ٢٣٥ — ٢٥٩ .

واستحالة الدفع فهذه الأمثلة لا تتعلق بعدم تنفيذ التزام عقدى بالتحديد الذى نقول به ، وإنما تتعلق بحدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد (١) .

وعلى ضوء ما تقدم ، نستطيع أن نستجلى الحقيقة فى الخلاف الشهير حول التزام السلامة obligation de securité فى عقد نقل الأشخاص (٢)

---

(١) وهذه هى الأمثلة التى ساقها الأستاذ تونك فى بحثه المذكور .

—مسئولية شخص عن اصابة حصان كان قد انتوى شراءه وعندما كان يحاول تجربته فى جر عربة إنفلت منها ووقع على الأرض فجرح .

— مسئولية عمال جراج عن حريق شب بسيارة أثناء قيامهم باصلاحها .

— مسئولية المستعير عن تلف الشىء المعار .

— مسئولية الدائن المرتهن رهنا حيازياً عن فقد الشىء المرهون أو تلفه .

— مسئولية المودع عنده عن تلف الوديعة .

— مسئولية شركة سكة حديد عن تصرف ناظر محطة لها ببيعه بضائع —كانت معدة للنقل — بثمن منخفض تفادياً من استيلاء قوات معادية عليها كان يتوقع قدومها قبل أن يتمكن من ابعادها عن متناول يدها .

(٢) فيما يختص بالتزام السلامة فى عقد العمل ، ذهب الفقه أولا إلى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ، فاذا أصيب العامل أثناء تأدية عمله فان صاحب العمل لا يكون ملزماً بتعويضه عن إصابته ما لم يثبت العامل نسبة خطأ اليه . بيد أن عجز هذا الأساس وقصوره عن حماية العامل أصبح جلياً بعد التقدم الآلى الصناعى الذى أدى إلى زيادة مخاطر العمل زيادة تتصل بطريقة الإنتاج نفسه وتكمن فيه بحيث أصبح سبب الإصابة غالباً مجهولا أو نتيجة قوة قاهرة .

ولعلاج جانب من هذا الوضع ذهب فريق من الفقه إلى أن عقد العمل يتضمن التزاماً على عاتق صاحب العمل بكفالة سلامة العامل فاذا أصيب العامل كان صاحب العمل مسئولا مسئولية عقدية بمقتضاها لا يتحمل العامل عبء إثبات الخطأ ويكون صاحب العمل ملزماً بالتعويض ما لم يثبت إنتفاء خطئه باقامة الدليل على أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبى . وقد عيب على هذا الرأى أنه يقوم على إفتراض إنصراف نية المتعاقدين إلى تحميل عقد العمل هذا الإلتزام ، وهو افتراض مخالف للواقع .

(راجع فى عرض هذا الموضوع /. مازو ج ١ فقرة ١٥٦ وفؤاد مرسى مقاله عن أساس التعويض عن إصابات العمل بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢،٢ ، محمود جمال الدين زكى : مقاله عن ضمان إخطار المهنة فى القانون المصرى بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢٧) .

فقد ذهب رأى إلى أن هذا الالتزام عقدى يرتبه عقد النقل ويتضمن التزام الناقل بأن يصل المسافر إلى محطة الوصول سليما ، وهو التزام محدد أى التزام بنتيجة ، فاذا أصيب المسافر أثناء النقل فلا يتحمل عبء إثبات خطأ الناقل ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتخلص من المسئولية إلا باثبات أن وقوع الحادث يرجع إلى سبب أجنبي . وقد انتقد البعض هذا الرأى بحجة أن القول بتولد التزام بالسلامة عن عقد النقل هوتحميل لهذا العقد فوق ما يحتمله لعدم إنصراف إرادة المتعاقدين اليه ، ولأنه لا يمكن إستخلاص إنصراف نية أمين النقل إلى أن يتعهد تعهداً مطلقاً بسلامة الراكب من كل حادث لا يرجع إلى خطئه .

ويلاحظ أن هذا الخلاف مثاره عدم وجود نص صريح فى عقد النقل يتضمن التزام السلامة . ولا خلاف بين الفقه الحاضر فى إعتبار هذا الالتزام التزاماً تعاقدياً إذا نص عليه فى العقد .

ولكننا نقول أنه سواء تضمن العقد هذا (الإلتزام) أم لم يتضمنه ، فهو ليس التزاماً تعاقدياً البته ، وليس التزاماً بالمعنى الفنى للإلتزام ، فليس الأمر فى تكييف الالتزام بأنه عقدى أو غير عقدى مرده إلى ما تقول به أو لا تقول به إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، وإنما يتحدد الالتزام العقدى بأنه يمثل قيمة لم تكن موجودة قبل إبرام العقد ، قيمة نشأت عن العقد وليست قيمة وجدت قبل إبرامه أو وجدت بغض النظر عن إبرامه .

= وفى رأينا أن العامل الذى يشتغل فى مشروع لحساب رب العمل ويصاب أثناء عمله باصابة تعتبر من مخاطر المهنة أى ليست نتيجة وقوع خطأ منه ، يستحق تعويضاً عن إصابته هذه قبل رب العمل تأسيساً على مبدأ الاثراء بلا سبب ، لأن هذه المخاطر تدخل ضمن تكاليف المشروع التى يتحملها صاحبه ، والا كان فى تحمل العامل بها أثراء سلبياً لرب العمل . وهذا هو نفس ما هو مسلم به فى الفضالة – إحدى تطبيقات مبدأ الاثراء بلاسبب ، وفيها يقول الأستاذ السنهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٨٩٧ «قد يلحق الفضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل فاذا كان الضرر الذى إصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فانه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه» .

فسلامة الراكب لم ينشئها عقد النقل وإنما كانت موجودة قبل وجوده . ومن ثم لا يكون الإخلال بهذه السلامة مسألة عقدية ، وإنما الأمر هو أن الناقل ملزم قانوناً بمناسبة تنفيذ عقد النقل بعدم التسبب بخطئه فى إصابة المسافر الذى ينقله ، وهذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الفنى وإنما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ .

فاذا ما انتهينا إلى ما تقدم تعين البحث فيما إذا كانت الغاية العملية من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى يمكن أن يتحقق أو هى محققه فعلا فى مجال المسئولية عن الفعل الضار .

ان هذه الغاية هى إعفاء المسافر من إثبات خطأ الناقل لصعوبة هذا الإثبات ، إذ يتعذر عليه غالباً أن يعرف السبب الذى أدى إلى وقوع الحادث.

بيد أن هذا أمر ميسور فى ظل نظام المسئولية الشيئية التى تقضى بمساءلة حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بتعويض الضرر ما لم يثبت هو أن وقوعه كان بسبب أجنبى ،ومن ثم يعفى المسافر فى سيارة أو قطار أو طائرة من إثبات خطأ الناقل [1] .

والحقيقة أن الذى وجه نشأة فكرة المسئولية الشيئية شعورياً أو لا شعورياً ، هو ما يجب أن يكون عليه التنظيم الواقعى التطبيقى لتوزيع مهمة الإثبات بصدد المخاطر التى تحدث عن الآلات الميكانيكية ومن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، فالمطلوب هنا هو أن نتوصل إلى الحقيقة فنعرف سبب وقوع الحادث . وهذا يقتضى منطقياً أن يتكلم حارس الشىء أولا فيبين سبب الحادث ويدلل ان ادعى أنه وقع بغير خطأ منه على صحة

(١) راجع فى ذلك سليمان مرقس تعليقه على حكم محكمة إستئناف الإسكندرية فى ٥/٢/١٩٥١ بمجلة التشريع والقضاء السنة الثانية ص ٢٨٤ ، وتعليقه على حكم محكمة إستئناف القاهرة فى ٢١/٥/١٩٥٧ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١١ وما بعدها ، واكثم الخولى الوسيط فى القانون التجارى جـ ٤ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ فقرة ٢٣٥ .

ادعائه ، ولا نطلب ذلك عن المضرور ، إذ أن الراكب فى قطار أو طائرة أو سيارة مثلا يعجز غالباً عن معرفة سبب الحادث ومن باب أولى يعجز ورثته ان كان قد لقى مصرعه فى الحادث .

وهذا هو الحل الذى أخذ به القانون الانجلو أمريكى Common Law إذ يعتبر مسئولية الناقل عن سلامة المسافر مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ . ولكن هذا القانون أوجد قرينة إثبات لمصلحة المسافر وهى القرينة المعروفة باسم res ipsa loquitur وهى قاعدة إثبات وليست قاعدة موضوعية وترجمتها أن الشيء يتحدث عن نفسه The thing speaks for itself ومعناها أن من يدعى خلاف الظاهر عليه أن ينفيه ، وهذا يقتضى منه أن يتكلم أولا ويقوم بايضاح الأمر . ويستلزم العمل بهذه القاعدة توافر شرطين أولهما أن يخضع الشيء الذى تسبب فى أحداث الضرر لسيطرة المدعى عليه وحده ، وثانيهما أن يكون الحادث مما لايقع بحسب المجرى العادى للأمور إذا بذل المسيطر على الشيء العناية الواجبة (١) .

وهكذا حقق نظام المسئولية الشيئية والنظام الإنجلوأمريكى — وكلاهما يرجع إلى أساس واحد — الغاية المبتغاه من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى ، وذلك بمراعاة مركز الراكب من حيث عجزه الواقعى عن معرفة سبب الحادث .

بيد أن البعض يعترض على نظام المسئولية الشيئية بقوله أنه يقصر عن حماية الراكب . فيقول الدكتور ثروت أنيس : وليس يكفى لحماية الراكب الالتجاء إلى تعويض المسئولية التقصيرية لأن فى ذلك تحميله عبء إثبات الخطأ وهو عبء ثقيل كما رأينا . وليس يكفى أيضاً الإستناد إلى قواعد المسئولية عن الأشياء إذ تشترط هذه أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابى للشيء

---

(١) راجع فى تفصيل هذه القاعدة ، ثروت أنيس الأسيوطى ، مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ١٩٦٠ فقرة ١٢٩ وما بعدها .

فلا تسعف المضرورإذا لم يكن الضرر ناجماً عن مثل هذا التدخل.ثم ان تطبيق المسئولية التقصيرية يؤدى فى مجال المسئولية عن عمل الغير إلى قصر مسئولية الناقل على نطاق أعمال تابعية دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه من غير تابعية» (١) .

ويرد الأستاذ سليمان مرقص على هذا الإعتراض فيقول : غير أن هذا الإعتراض مردود بأن كلا من النظامين — نظام المسئولية العقدية ونظام المسئولية التقصيرية—له مزاياه ونقائصه. فاذا صح أن نظام المسئولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من الناحيتين اللتين أبرزها الرأى المعارض فان نظام المسئولية العقدية يقصر هو أيضاً عن حماية الراكب من حيث أنه يجير الإتفاق على الإعفاء من مسئولية الناقل فيفقد الراكب بذلك كل حماية وأنه لا يخول المصاب تعويضاً إلا عن الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد . فى حين أن نظام المسئولية التقصيرية يكفل حماية أوفى لأنه لا يجيز شروط الإعفاء عن المسئولية ويخول المصاب تعويض جميع الإضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة . وليس المهم هو قدر المزايا التى يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما وإنما المهم هو الأساس القانونى الذى يسند تكييف المسئولية مع كفالة القدر الكافى من الحماية للراكب . وقد توفر لدينا هذا الأساس فى المادة ١٧٨ من التقنين الجديد . فاغنانا عن الإلتحاء إلى أرهاق العقد والمسئولية العقدية تحقيقاً للعدالة» (٢) .

بل أنه من المتوقع بعد إنعدام كل فائدة عملية فى القول بوجود التزام عقدى لضمان السلامة أن نرى فى المستقبل — كما يقول الأستاذ أكثم الخولى (٣) خلافاً بين من ينفى هذا الالتزام حماية للراكب وبين من يؤيد وجوده حماية

(١) المرجع السابق فقرة ١٠٨ .
(٢) سليمان مرقص تعيلقه السابق بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثانى ص ١٢١
(٣) الوسيط فى القانون التجارى جزء ٤ هامش فقرة ٢٣٥ .

للناقل لتمكينه من التمسك بما عساه يكون قد أدرجه فى العقد من شروط الإعفاء من المسئولية بفرض صحة هذه الشروط .

ومع ذلك فان الاعتراضين اللذين أبداهما الدكتور ثروت أنيس محل نظر ، ذلك أن القول بأن نظام المسئولية الشيئية يشترط أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابى للشيء هو القول المقبول ، وإلا إذا إصطدم الراكب بأحد أعمدة المحطة فى وضعه الطبيعى أو تعثر وهو سائر فى فناء المحطة المستوى فأصيب ، قيل أن تحميل الراكب عبء إثبات خطأ الناقل — أن كان هناك ثمة خطأ — ما يعتبر قصوراً فى نظام المسئولية التقصيرية ، وأنه من الأفضل إتباع نظام المسئولية العقدية ، حيث يتعين على الناقل أن يتحمل عبء الإثبات ويلزم بالتعويض ما لم يثبت هو أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبى ، وحسب الراكب فى هذه الحالة أن يقف موقفاً سلبياً فلا يبين سبب الحادث ويكتفى بأن يثبت أنه أصيب أثناء وجوده فى فناء المحطة ؟ أما الاعتراض الثانى وهو القول بأن مسئولية الناقل التقصيرية عن عمل الغير تقتصر على أعمال تابعيه دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه ، فذلك مردود بأنه بصدد عقد النقل المبرم بين الراكب وبين أمين النقل لابد وأن يكون الأشخاص الذين يستخدمهم الأخير فى قيادة أداة النقل وتسييرها تابعين له فى كل الأحوال لأنهم يعملون لحسابه وله عليهم سلطة الرقابة والتوجيه .

وعلى ما تقدم نكون قد حصرنا الالتزام العقدى فى نطاقه الصحيح واستبعدنا منه مايدخل فى الحقيقة فى مجال المسئولية التقصيرية وحدها . وقد كان الخلط الذى وقع فيه الفقه عاملا جوهرياً فى اختلاف رأيه بشأن استلزام أو عدم استلزام ركن الخطأ ، لأنه حاول إخضاع مسألتين متميزتين تماماً لحل واحد . فاحداهما وهى التى تتعلق بالإخلال بالتزام عقدى لا تستدعى البتة إثارة ركن الخطأ ، لأن الالتزام الأصلى لم ينحل فلا حاجة لمصدر جديد لاقتضاء تنفيذه بمقابل ، ومن ثم فلا محل لتطلب عنصر آخر لاعمال هذا التنفيذ . أما المسألة الثانية فخاصة بالمسئولية عن ضرر يلحق بمحل لم ينشئه التعاقد ، ومن ثم تستدعى توافر ركن الخطأ مع تنظيم إثباته وتوزيع عبئه حسب مقتضيات الواقع .

أما الرأى الذى يفرق بين الإلتزام بنتيجة وبين الإلتزام بعناية ولا يتطلب فى النوع الأول ثبوت تقصير من جانب المدين بينما يتطلب توافره فى النوع الثانى ، فتفسير ذلك أن الالتزام فى النوع الأول هو غالباً التزام عقدى بالمعنى الصحيح. أما الالتزام بعناية فى النوع الثانى فقد أدمج فيه الفقه ماهو عقدى وما هو تقصيرى، ذلك أن الإلتزام بعناية هو فى حدذاته التزام بنتيجة، قد يحدد المتعاقدان صراحة مضمونه ومداه وقد يحددانه ضمناً طبقاً للأصول الفنية أو العرف السائد . والإخلال بهذا الالتزام فى حد ذاته مسألة عقدية بحتة تخضع لنظام التنفيذ بمقابل . أما إذا كان الشىء محل العناية — وهو شىء لم ينشئه التعاقد — قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد التزامه بالعناية ، فهذا ضرر تقصيرى ، ولو أنه نتج عن إخلال المدين المتعاقد بواجب العناية ، لأن هذا الإخلال ما هو إلا عنصر واقعى فى ركن الخطأ أحد أركان المسئولية التقصيرية .

وباستطاعتنا الآن بعد مافصلناه آنفاً، أن نستجلى وجه الحقيقة بشأن مشكلة الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وأن نتبين لماذا ظل الرأى حتى الآن موزعاً بين القائلين بعدم جواز الخيرة وبين القائلين بجوازها دون استساغة أى من هذين القولين استساغة تامة ، وفى نفس الوقت دون طرحه كلية . ولماذا كانت حجج كل منهما مع تناقضهما مما يتعذر تفنيذه تماماً . فما ذلك كله إلا شاهداً على أن هناك خلطاً فى أصل المسألة جعل كلا من الرأيين يحتويان على جانب من الصحة وجانب من الخطأ فى آن واحد .

فأنصار عدم الخيرة على صواب فى قولهم أن ما أدخل فى دائرة الإلتزام العقدى لا يجوز الإلتجاء فيه إلى المسئولية التقصيرية ، ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الالتزام طبقاً للنظرة الحاضرة قد حتوت على التزام تقصيرى محض .

وأنصار الخيرة على صواب فى قولهم بجواز الإلتجاء إلى المسئولية التقصيرية فى حالة الإخلال بالتزام عقدى ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الإلتزام قد حوت حسب النظرة الحاضرة ماهو تعاقدى وما هو تقصيرى، وفى أنهم يسلمون بداءة بامكان وصف التزام واحد بأنه عقدى وتقصيرى فى آن واحد .

أما إذا ما حصرنا الإلتزام العقدى فى نطاقه الصحيح على ما سبق إيضاحه فان المشكلة الحالية تختفى تماماً . فيخضع الالتزام العقدى لنظام التنفيذ بمقابل دون استلزام أية شروط لأعماله ، ويخضع الإلتزام التقصيرى ولو كان قد نشأ بمناسبة علاقة عقدية للمسئولية التقصيرية وحدها . وبذلك نتمشى مع ما يقول به علم المنطق من أنه لا يمكن أن يكون هناك أكثر من فرض واحد يصلح لتفسير ظاهرة معينة .

وإذا كنا قد انتهينا من كل ما تقدم إلى أنه فى مجال الالتزام العقدى بمعناه الصحيح يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل فى حالة امتناعه عن التنفيذ العينى أو استحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبى دون اشتراط تقصير من جانبه ، وبذلك نكون قد قضينا على الركن الأول من أركان المسئولية العقدية فانه يبقى أمامنا الركنان الآخران : الضرر وعلاقة السببية .

وقبل أن نبين وجه الحقيقة بالنسبة لهذين الركنين لننتهى إلى عدم صحة نظام المسئولية العقدية كلية ، يتعين علينا أولا أن نعرض لمسألة هامة هى مسألة اتفاقات المسئولية لأنه بتحديدنا للالتزام العقدى على النحو السابق لا تكون هذه الاتفاقات إلا متعلقة حتما بالمسئولية التقصيرية وحدها .

٦ — تعلق إتفاقات المسئولية بالمسئولية التقصيرية وحدها :

نلاحظ هنا بداءه أن الفقه يقول بأن هناك اتفاقات تدخل فى دائرة الإلتزام العقدى ولكنها لا تتعلق باعفاء المدين من المسئولية عن الإخلال بهذا الالتزام ، بل تنصب على تحديد مضمون العلاقة التعاقدية بالنظر إلى

النموذج الخاص بالعقد المسمى . فاذا كان هذا النموذج فى عقد الإيجار مثلا يرتب التزاماً بتسليم العين المؤجرة ولكن الطرفين اتفقا على أن المستأجر هو الذى يضع يده وحده دون تدخل من المؤجر كان هذا حذفاً لالتزام ناشىء عن عقد الإيجار . وإذا كان هذا النموذج فى عقد البيع يرتب على البائع التزاماً بضمان الإستحقاق وضمان العيب فان للطرفين أن يتفقا على التخفيف من مضمون هذا الإلتزام ، ولكن الحذف فى المثال الأول والتخفيف فى المثال الثانى ليسا كذلك إلا بالنسبة للنموذج ، أما بالنسبة للقاعدة العامة فليس هذا حذفاً أو تخفيفاً ،وإنما هو أمر يتعلق بنشأة الالتزام أصلا أوبنشأته منذ البداية بمضمون معين .

وفيما خلا هذا الوضع الذى لا يدخل باجماع الفقه فى نطاق اتفاقات المسئولية لا تكون هذه الإتفاقات إلا متعلقة حتما بالمسئولية التقصيرية وحدها ، ذلك أن الالتزام العقدى كما قلنا هو ذلك الذى يتضمن قيمة مالية انشأها التعاقد، ومن ثم فللمتعاقدين أن يعينا هذه القيمة وأن يرسما حدودها بداءة ويكون المدين ملزماً بأن يحقق للدائن هذه القيمة عينا فان لم يفعل كان ملزماً بما يقابلها . أما إذا كانت القيمة التى مسها المتعاقد المدين بالضرر لم تنشأ عن التعاقد ، فذلك أمر متعلق بالمسئولية التقصيرية وحدها كما بينا من قبل . وإذا فاتفاقات المسئولية لابد وأن تتعلق بهذا الضرر ومن ثم فمجالها المسئولية التقصيرية وحدها .

وتأسيساً على ذلك تسقط الحجة التى يبرر بها الفقه صحة اتفاقات الإعفاء والتخفيف من (المسئولية العقدية) — وهى ليست مسئولية عقدية كما بينا بل مسئولية تقصيرية نشأت بمناسبة علاقة عقدية — تلك الحجة التى يستند فيها إلى مبدأ سلطان الإرادة فى قوله أن المتعاقدين هما اللذان ينشئان الالتزام فلهما بالتالى أن يرفعاه . ووجه سقوط هذه الحجة أن الالتزام الذى ينصب عليه اتفاق المسئولية ليس التزاماً عقدياً ، لأن القيمة التى أخل بها لم ينشئها التعاقد بل كانت موجودة قبل التعاقد أو بغض النظر عن هذا التعاقد .

وإذا كان الرأى السائد — (دون تسليم منا بالتبرير الذى يستند اليه) يعتبر كل إتفاق على رفع المسئولية التقصيرية أوتخفيفها اتفاقاً باطلا، فان هذا يعنى فى رأينا أن كل اتفاقات المسئولية هى اتفاقات باطلة، لأنها تتعلق بالمسئولية التقصيرية وحدها .

فكيف إذا أستسيغ قول الفقه الغالب بصحة هذه الإتفاقات — فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم — فى نطاق ما يسمى بالمسئولية العقدية (وهى تقصيرية كما قلنا) ؟ كيف أستسيغ القول بجواز الإتفاق على إعفاء الشخص من نتيجة خطئه الذى تسبب فى الحاق الضرر بالغير ؟

فاذا كان هناك رأى قوى يقف من هذه الاتفاقات موقف العداء لمنافاتها للعدالة بحرمانها المضرور من التعويض كله أو بعضه قبل من تسبب فيه بخطئه، ومجافاتها للمصلحة العامة بما تؤدى اليه من تهاون فى الحرص على سلامة الأشخاص والأموال ، فان هناك رأياً قوياً مع تسليمه بهذه المآخذ، ينحاز إلى تقرير صحة هذه الاتفاقات لأنها تشجع روح الأقدام على قيام المشروعات الجريئة النافعة وتدفع بالتقدم الصناعى إلى الأمام بما تشيعه من طمانينة .

والحقيقة فيما نرى أن الذى يبرر ترتيب أثر ما على اتفاقات المسئولية فى بعض الأحوال وما يلوح لأول وهلة من شرعيتها ، أن هذه الإتفاقات إنما تتضمن إقراراً من المتعاقد بأن الضرر الذى قد يحدث له لن يكن نتيجة لخطأ منسوب إلى المتعاقد الآخر، أى أن هذا الإقرار إنما هو مجرد اعتراف سابق من الدائن بنفى ركن الخطأ عن المدين على ضوء مختلف الظروف الخاصة بتنفيذ التعاقد والملابسات المحيطة به ، فاذا اشترطت مصلحة البريد مثلا اعفاءها من المسئولية فى حالة فقد الخطاب العادى فذلك تسليم من المرسل بأن المصلحة بامكانياتها الحالية التى تتناسب مع التعريفه التى يدفعها المرسل فى الخطاب العادى، لن تستطيع الحيلولة دون فقد بعض الخطابات وأن هذا الفقد لن يكون نتيجة خطأ من جانبها . وإلا فان المصلحة لن يكون فى مقدورها تفادى هذا الفقد إلا إذا قامت بتسجيل كل خطاب ، ومعنى ذلك حشد

عدد هائل من الموظفين ورفع سعر التعريفة وضياع وقت الجمهور الأمر الذى لا يتناسب البتة مع قيمة الضرر المحتمل من فقد بعض الخطابات العادية. ولكن هذا الشرط الذى تشترطه مصلحة البريد ليس إلا مجرد قرينة على استبعاد وقوع خطأ من جانبها وبحيث يمكن على ضوء كل حالة نفى هذه القرينة .

وهذا هو ما يوجه سلامة مذهب القضاء الفرنسى الذى لم يرتب على شرط الاعفاء من المسئولية العقدية – وهى ليست عقدية بل تقصيرية كما قلنا – إلا مجرد نقل عبء الإثبات من جانب المدين إلى جانب الدائن، لأنه إذا كان الوضع فيما يسمى بالمسئولية العقدية أن يعفى الدائن من إثبات خطأ المدين فان شرط الإعفاء يحمل الدائن عبء إثبات الخطأ – فان أثبته التزم المدين بالتعويض وأصبح الإعفاء غير ذى قيمة .

وإذا كان بعض الفقه يعيب على القضاء الفرنسى قصره أثر اتفاق الإعفاء من (المسئولية العقدية) على قلب عبء الإثبات – بحجة أن فى ذلك مخالفة لإرادة المتعاقدين وأنه إذا كان الإتفاق صحيحاً فيجب أن يرتب أثره الكامل – فان رأى الفقه يبتعد عن الصواب، لأننا لسنا هنا فى مجال التزام إرادى وإنما نحن هنا كما قلنا فى مجال المسئولية التقصيرية عن ضرر لحق بشىء لم تنشئه إرادة المتعاقدين . ولذلك فان الأحكام التى رتبت أثراً كاملا على شرط الإعفاء لم تقتصر على القول بأنه شرط صحيح طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة لشعورها بقصور هذا القول ، وإنما أضافت إلى ذلك غالباً قولها أن المدعى عليه لم يقع منه أى خطأ يستوجب مساءلته (١) .

---

(١) ونجد ذلك ظاهرا فى الأحكام التى تعرضت لشرط إعفاء الناقل البحرى من مسئوليته عن أخطاء ربان السفينة – إذا تذكر هذه الأحكام عادة أن الربان يعتبر تابعاً غير عادى وليس لصاحب السفينة أى وسيلة فعالة للإشراف عليه أو رقابته أو توجيهه لأنه يتمتع بمركز مستقل وسلطان مطلق على السفينة .

راجع على سبيل المثال حكم محكمة إستئناف إكس فى ١٨٧٥/٣/١٦ دالوز ١٧٧ ١ – ٤٥ . وحكم محكمة إسكندرية المختلطة فى ١٩٠٢/٢/١٩ – البلتان ١٥/ ٧ .

وإذا كان رأى القضاء الفرنسى يفسره الفقه عادة بفكرة الخيره بين المسئوليتين بدعوى أنه إذا كان الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً فان المسئولية التقصيرية تظل قائمة إلى جوارها ولا يسرى عليها شروط الإعفاء، فنحن ننكر مسألة الخيره أصلا لأنه ليس أمامنا سوى مسئولية واحدة هى المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار — وهذه المسئولية تقضى بصفة عامة بتحمل الدائن عبء إثبات خطأ المدين .

أما خصوم الخيرة الذين يرون أن المسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية — ومن ثم يرتبون أثراً كاملا على شرط الإعفاء فانهم أنفسهم لا يخفون شعوراً ضمنياً بالأسف إزاء هذه النتيجة ، فيقول الأستاذ السنهورى مثلا — وهومن خصوم الخيرة— «وقد يبدوأنالقول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عاده عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية وقيام هذه المسئولية العقدية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان» (١) .

وواضح أن هذه النتيجة إنما جاءت بسبب ذلك الخطأ الأولى فى أصل المسألة ، وهو اعتبار المسئولية هنا مسئولية عقدية تحكمها إرادة المتعاقدين فى حين أنها ليست إلا مسئولية تقصيرية فقط .

وإذا كان أثر إتفاق الإعفاء من المسئولية التقصيرية التى تنشأ بمناسبة علاقة عقدية ، لا يتعدى مجرد قيام قرينة على انعدام الخطأ فى جانب المدين وأنه على ذلك يكونعلى الدائن عبء إثبات خطأ المدين،فانه من الجائزعلى ضوء الوقائع الا يكون لاتفاق الإعفاء حتى مثل هذا الأثر ، إذا كان الظاهر يخالف تلك القرينة ، وكانت وقائع الحادث توجب على المدين

---

(١) السنهورى — الوسيط جزء ١ فقرة ٥١٥ .

طبقاً للمبادىء العامة فى الإثبات أن يتكلم أولا ويبين سبب الحادث ويؤيد قوله ، ولذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن شرط الإعفاء لا يترتب عليه نقل عبء الإثبات بصفة عامة لأن المضرور قد لا يستطيع الإحاطة بظروف الحادث لبعده عنه فيكون من العسير عليه أن يثبت خطأ المدين ، ومن ثم فانه يتعين على المدين فى هذه الحالة أن يثبت إنعدام الخطأ من جانبه بأن يدلل على أنه سلك سلوك الشخص اليقظ وفعل كل ما ينتظر منه (١) .

ويشير إلى صحة ما نقول به من أن الأمر فى اتفاقات المسئولية ليس أمراً إعفاء من المسئولية وإنما هو أمر اعتراف سابق من المتعاقد بانتفاء ركن الخطأ من جانب المتعاقد الآخر ، مايقول به الفقه الحديث تبريراً لصحة هذه الاتفاقات ، من أن فكرة الخطأ قد فقدت مقوماتها ولم تعد إستطاعة التوقع وتفادى الاغلاط أمراً ممكناً نتيجة لتعقد الحياة الحديثة وللتقدم الصناعى الآلى بحيث أصبحت الحدود التى كانت تفصل بين الخطأ اليسير وبين القوة القاهرة غير واضحة المعالم ، وأصبح الخطأ اليسير يقترب من القوة القاهرة ويختلط بها (٢) .

والحقيقة أن اتفاقات الإعفاء من المسئولية جاءت نتيجة رد فعل لإتساع نطاق المسئولية المقامة على خطأ مفترض ، واتفاقات المسئولية تزيل هذا الإفتراض (٣)

---

(١) راجع فى ذلك اسمان / مقاله عن إتفاقات رفع المسئولية بالمجلة الفصيلة سنه ١٩٢٦ ص ٣٣١ ، ٣٣٢ – بلانيول وربير واسمان جزء ٦ فقرة ٤٠١ .

(٢) فى هذا المعنى روبلو ، الخطأ الجسيم فى القانون الخاص الفرنسى مقاله المجلة الفصلية سنة ٤٣ ص ١٢ اسمان ، الخطأ ومكانته فى المسئولية المدنية مقال بالمجلة الفصلية سنة ٤٩ ص ٤٨٥ روبينو ، إتفاقات رفع المسئولية فى القضاء المعاصر بالمجلة الفصلية سنة ٥١ ص ١٢ ، مارتين المرجع السابق ١٩٢ .

(٣) حول هذا المعنى ، بلانيول وربيير واسمان جـ٦ فقرة ٤٠١ اسمان مذكراته عن المسئولية المدنية «دروس دكتوراه ١٩٤٩ – ١٩٥٠ ص ٢٠٦ .

والخلاصة إذاً أن إتفاقات رفع المسئولية لا ترتب إعفاء من نتيجة الخطأ ، ولا يمكن أن تكون ترخيصاً للشخص بارتكاب خطأ يؤدى إلى الإضرار بالغير . ففيما يختص بالمسئولية عن فعل الشخص (المسئولية الخطئية) ليس هناك ثمة تغيير فى الوضع ، إذ على المضرور دائماً عبء إثبات الخطأ . وفيما يختص بالمسئولية المفترضة يقتصر أثر الإتفاق على إزالة الإفتراض ، ولكن بصفة عامة ، إذ من الجائز ألا يكون لمثل هذا الإتفاق أى أثر على ضوء الوقائع كما أشرنا من قبل .

أما اتفاقات تخفيف المسئولية فلا يترتب عليها — بذاتها — أى أثر شأنها فى ذلك شأن اتفاقات الإعفاء ولكنها تتضمن فى بعض الحالات إقراراً من الدائن باشتراكه فى الخطأ مع المدين ، إذا كان المدين يستعمل وسيلة يعلم الدائن مقدماً مدى خطورتها . ومعروف أن الخطأ المشترك يجيز تخفيف مسئولية المتسبب فى الضرر بانقاص قدر التعويض .

٧ — <u>حقيقة ركن الضرر فى المسئولية العقدية</u> :

بعد أن حصرنا الالتزام العقدى فى نطاقه الصحيح وبينا أن المدين العقدى إذا لم ينفذ التزامه عيناً أو استحال عليه ذلك لغير سبب أجنبى يلزم بمقابل هذا الإلتزام دون حاجة لاشتراط ركن الخطأ وهو الركن الأول فى المسئولية العقدية، نتعرض بعد ذلك لركنها الثانى وهو الضرر لنبين حقيقته .

فالفقه يقول عن هذا الركن أن الدائن لا يستحق تعويضاً إذا لم يصبه ضرر من إخلال المدين بالتزامه . ويقول أنه ولو أن هناك غالباً تلازم بين الإخلال وبين الضرر، فان ذلك لا ينفى إعتبار الضرر ركناً قائماً بذاته فى (المسئولية العقدية) .

والحقيقة أن الفقه قد نظر إلى عنصر الضرر نظرة غير مباشرة ، فالضرر إنما ينتج عن عدم تنفيذ الإلتزام عيناً أو بمقابل فى حين أننا هنا بصدد تنفيذ هذا الالتزام . وخطأ الفقه الحاضر أنه يصور المسألة فيما يقول به الأستاذان

هنرى وليون مازو على النحو الآتى : أحد المتعاقدين يمتنع عن تنفيذ التزامه المتولد عن العقد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً فيترتب على ذلك الحاق ضرر بالمتعاقد الآخر ومن ثم ينشأ التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كلياً أو جزئياً ، وهذا الإلتزام الجديد مضمونه تعويض الضرر الناشيء عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه المعيب(١) .

وانحراف الصياغة فى هذه العبارة يكمن فى حيثيتها الثانية التى تقول أن الدائن أصابه ضرر من عدم تنفيذ مدينه لالتزامه قبله ، فى حين أنه لا محل لهذا القول هنا ، لأننا بصدد إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل، ومن ثم تحقيق المنفعة التى يتضمنها الإلتزام وما الضرر إلا التعبير العكسى لهذه المنفعة .

فاذا كان الأمر كذلك بأن لم تكن هناك حاجة لإثارة ركن الضرر، فما هو تعليل مايقول به الفقه من أنه إذا لم يلحق الدائن ضرر من جراء عدم تنفيذ الإلتزام كلياً أو جزئياً فانه لا يستحق تعويضاً ؟ وتفسير ذلك أن الإلتزام إذا كان ذا قيمة فلابد وأن يترتب على عدم تنفيذه ضرر (التعبير العكسى للمنفعة) . ولا يكون الإلتزام غير ذى قيمة وقت التعاقد إلا إذا كان هناك غلط فى هذا الوقت ، ومن ثم نرتد إلى عيب سابق فى الرابطة العقدية وما يترتب على قيام هذا العيب من عدم نشأة الالتزام . ومع ذلك فانه إذا كان الإلتزام غير ذى قيمة أو أصبح غير ذى قيمة (وهو ما يعبر عنه الفقه بأن عدم تنفيذه لا يترتب عليه ضرر) فإن الدائن لا يستحق شيئاً قبل المدين لأن التنفيذ بمقابل لا محل له لأنه لامقابل لهذا الالتزام .

أما قول الفقه بأن التأخير فى تنفيذ الإلتزام قد لا ينتج منه ضرر فلايستحق الدائن تعويضاً،فليس هذا إلا تعبيراً غير مباشر للقول بأن الالتزام على الرغم من هذا التأخير لم ينقص منه شيء (٢) .

---

(١) مازو جزء ١ فقرة ١٠٠

(٢) ومن قبيل ذلك إعتبار المدين قد قام بالتنفيذ العينى كاملا ما دام قد حقق الغرض المقصود فى العقد ولو لم يتبع ما إتفق عليه حرفياً إسماعيل غانم أحكام الإلتزام فقرة ٣١ .

وقولنا أنه فى حالة امتناع المدين من تنفيذ التزامه عينا واستحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبى نكون بصدد تنفيذ بمقابل أى إعطاء الدائن المنفعة التى تقابل الالتزام مقومة بمبلغ من النقود ، يفسر ما يقول به الفقه من قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فما الضرر المتوقع إلا التعبير العكسى لمقابل الالتزام.

أما الضرر غير المتوقع فلا يدخل ضمن هذا المقابل . وقصر التعويض على الضرر المتوقع يرجع إلى أننا لسنا بصدد مسئولية يقتضى قيامها توافر ركن الخطأ ومن ثم تحميل فاعله كل نتائجه ، وإنما نحن فى مجال تقويم المنفعة التى يشتمل عليها الالتزام بمبلغ من النقود . ولا حاجة بعد ذلك إلى تفسير ذلك الوضع بما قيل به من أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التعويض قاصراً على الضرر الذى كانا يتوقعانه عند إبرام العقد ، فهذا محض افتراض مخالف للواقع . وقد اعترض عليه بأنه يصعب القول بأن الطرفين قد توقعا عند إبرام العقد أن أحدهما لن ينفذ التزامه ومن ثم اتفقا ضمنا على قصر التعويض على الضرر المتوقع (١) ، (٢) ، (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى بلانيول جزء ٢ فقرة ٧٤٩ عبد الحى حجازى جزء ٣ طبعة سنة ١٩٥٤ ص٤٦.

(٢) وإذا كان جانب من الفقه الحديث ينتقد قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع وهؤلاء أنصار نظرية الخطأ ، ويرون وجوب شمول التعويض للضرر غير المتوقع فذلك لأن المسئولية التى يتكلمون عنها ليست مسئولية عقدية بل مسئولية تقصيرية فقط كما بينا من قبل ، وعلى ذلك يكون شمول التعويض للضرر غير المتوقع أمراً واجباً . وفى عبارات الأستاذين هنرى وليون ماوز التالية ما يوضح مانقول به ويبين بجلاء مدى فساد نظام المسئولية العقدية وشذوذه ، فالأستاذان يقولان (جـ ٣ فقرة ٢٣٩١) : «إذا إرتكب المدين خطأ فيجب عدلا أن يلزم بجبر الضرر الذى تسبب فى حدوثه ، وإذا وازنا بين المضرور الذى كان دوره سلبياً وبين موقف فاعل الضرر الذى لم يكن دوره إيجابياً فحسب بل سلك سلوكا خاطئاً ، فليس هناك مجال للتردد ، وأليس الوضع المذكور فى الواقع هو نفسه الوضع القائم فى مجال المسئولية التقصيرية؟ واليس من الظلم ومن الشذوذ أن نؤيد فى التعويض أو نخفض منه تبعاً لإستطاعة المضرور أو عدم استطاعته الإستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية ؟ كأمين النقل مثلا يلزم قبل ورثه المجنى عليه لأنهم يقيمون دعواهم باسمهم الشخصى (مسئولية تقصيرية) بأكثر مما يلزم به قبل المجنى عليه نفسه (مسئولية عقدية) . وصاحب السيارة تكون مسئوليته فى حالة إصابة المسافر الذى دفع له أجراً أقل من مسئوليته قبل عابر الطريق أو قبل من كان يركب مجاناً وفى نفس المعنى : إسماعيل غانم – أحكام الإلتزام فقرة ٥٦ .

(٣) ويلاحظ أن الفقه يقول أن فى المسئولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع =

وقولنا السابق يفسر أيضاً مايقول به الفقه من أنه لا تضامن فى المسئولية العقدية فى حالة تعدد المدينين ما لم يكن مشترطاً فى العقد . وإذا كان الفقه يعلل ذلك بأن المدين هو الذى حدد بارادته مدى التزامه الأصلى فله بالتالى أن يحدد مدى مسئوليته فهذا تعليل غير مقبول ، لأن المدين ليس هو الذى يحدد مسئوليته ، فالمسئولية تنشأ رغماً منه . وإنما الحقيقة أننا لسنا هنا بصدد أية مسئولية ، وإنما بصدد تنفيذ بمقابل للإلتزام ، وما دام أن الالتزام كان مقسما بين المدينين فان التنفيذ بمقابل بالنسبة لكل واحد منهم يقتضى أن يكون بالقدر المساوى للجزء الذى التزم به .

٨ — حقيقة ركن علاقة السببية فى (المسئولية العقدية) :

يبقى بعد ذلك أن نبين حقيقة علاقة السببية لندلل على خطأ نظام المسئولية العقدية كلية .

وعلاقة السببية فى المسئولية العقدية تتميز فى رأى البعض بأنها ليست علاقة واحدة ، بل علاقة مزدوجة : الأولى تتضمن نسبة عدم التنفيذ إلى المدين ، والثانية تتضمن ربط عدم التنفيذ بالضرر (١) .

وفى رأى الأستاذ إسماعيل غانم (٢) أن العلاقة الثانية وحدها هى علاقة سببية بالمعنى الدقيق ، باعتبار السببية ركناً مستقلا من أركان المسئولية وهى العلاقة التى تربط عدم التنفيذ بالضرر الذى أصاب الدائن ، ولا ينفيها

= لا فى سببه فحسب بل وفى مقداره أيضاً . ويضرب لذلك مثلا بشركة نقل فقد منها طرد كانت قد تعهدت بنقله وتبين أن الطرد كان يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن تتوقعها عند إبرام العقد فلا تلزم الشركة إلا بالقيمة المعقولة للطرد (السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٤٥٣) .

ولكننا نقول أن المسئولية هنا تقصيرية فقط ، ونعلل قصر التعويض فى هذه الحالة على الضرر المتوقع بوقوع خطأ من جانب صاحب الطرد فى عدم تنبيه شركة النقل إلا ما يحتويه الطرد من أشياء ثمينة حتى يقوم باتخاذ الإحتياطات الواجبة ، وهذا يقتضى غالباً الحصول على تعريفة أكبر . ومعروف أن الخطأ المشترك يجيز إنقاص مقدار التعويض كما يجيز عدم الحكم بأى تعويض .

(١) راجع فى ذلك مازو موسوعة المسئولية ج ٢ ١٤٢٠ هامش ٣ مازو دروس القانون المدنى ج ٢ فقرة ٥٦٢ عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ج ٣ ص ١٤٧

(٢) أحكام الإلتزام فقرة ٥١ .

إلا السبب الأجنبي الذى نتج عنه الضرر . أما السبب الأجنبي الذى نشأ عنه استحالة التنفيذ فهو لا ينفى السببية بين عدم التنفيذ والضرر ، بل ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ (١) .

ونحن مع هذا الرأى فيما يقول به من أن السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ لا يدخل فى مدلول علاقة السببية إلا أننا نرى أن أثر هذا السبب ليس نفى وصف الخطأ عن عدم التنفيذ باعتبار أن الخطأ ركن مستقل عن أركان المسئولية ، وإنما نرى أن قيام السبب الأجنبي المشترط فيه عدم إمكان التوقع عند التعاقد إنما يمنع نشأة الالتزام العقدى ، خلافاً لما يعنيه ذلك الرأى من أن الالتزام نشأ بداءة ثم انتفت المسئولية عن المدين لعدم توافر ركن الخطأ ، وخلافاً لما يقول به آخرون من نشأة الالتزام فى مرحلة أولى ثم سقوطه كأثر للسبب الأجنبي فى مرحلة ثانية .

ذلك أن أصل المسألة هنا لا يتعلق بفحص سلوك المدين وقت إستحقاق أداء الإلتزام لمعرفة ان كان ملوماً أو غير ملوم فى هذا الوقت ، وإنما يرتد إلى أمر يتعلق بوقت التعاقد ، هو توقع أو عدم توقع المدين فى هذا الوقت حدوث السبب الأجنبي الذى يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا ، بحيث لو كان مدركاً وقتئذ أن سبباً سيجد من شأنه استحالة تنفيذ التزامه ومع ذلك تعهد لما اعتبر هذا السبب أجنبياً والزم بالتالى بأن يؤدى للدائن مقابل التزامه ، مع أنه وقت استحقاق هذا الالتزام لم يكن مخطئاً فى الواقع إذ كان يستحيل عليه عندئذ تنفيذ الالتزام ، فالخطأ إذا انما وقع فى وقت التعاقد فيتعلق

---

(١) وفى رأى مازو الموسوعة جـ ١ فقرة ٦٦٩ – جـ ٢ فقرة ١٤٢٦ أن السبب الأجنبى فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ينفى السببية وينفى الخطأ فى نفس الوقت وينتقد الأستاذ إسماعيل غانم (هامش ص ٨٥) هذا القول معدم تفرقتنا بين السبب الأجنبى الذى ترتب علىه إستحالة التنفيذ وبين السبب الأجنبى الذى ترتب عليه الضرر ، إذ أن السبب الأول ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ دون أن ينفى السببية بينه وبين الضرر ، أما السبب الأجنبى الذى ترتب عليه الضرر فهو ينفى علاقة السببية بين عدم التنفيذ والضرر دون أن ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ . وفى هذا المعنى رابو فكرة الخطأ فى القانون الخاص ١٩٤٩ فقرة ٤٠ .

بمسألة نشأة الإلتزام بداءة . وبمعنى آخر فان إستحالة تنفيذ الإلتزام ليست فى حد ذاتها سبباً لنفى مساءلة المدين وإنما تنتفى عنه المساءلة إذا لم يكن يتوقع هذه الإستحالة وقت التعاقد . ومن ثم فان الموقف يتمحص هنا عن وقوع المدين فى غلط وقت التعاقد يتعلق باستحالة المحل . ولا فرق بين إستحالة كانت قائمة وقت التعاقد أو قبله وبين استحالة استجدت بعده . فاذا تعاقد شخص على توريد منتجات مصنع معين وكان المصنع قد إحترق وقت التعاقد دون علم المدين أو إحترق بعد ذلك دون توقع منه فان الإلتزام لم ينشأ فى الحالتين ، ففيهما كان المتعاقد غالطاً ، ففيهما كان الغلط فى ذات وقت التعاقد .

وإذاً فعلى أساس فكرة الغلط نرد أثر السبب الأجنبى الذى تنتفى به مساءلة المدين بأنه يحول بداءه دون نشأة الإلتزام . ونحن ننظر هنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك فى المسئولية كأساس للإلتزام العقدى . أما الغلط فى مفهوم مذهب الإرادة (١) فانه يعجز عن هذا التبرير ، إذ تحمل الإرادة فى فلسفة هذا المذهب على أنها الإرادة الباطنة التى يعول عليها دون التعبير المخالف لها ، ويترتب على هذا المعنى أن الغلط إنما يرتب أثره لأن من شأنه قيام خلاف بين الإرادة الباطنة وبين التعبير . وعدم توقع السبب الأجنبى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا يعنى قيام هذا الخلاف فلا يعتبر المدين غالطاً إذا طبقاً لمذهب الإرادة .

أما إذا نظرنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك فى المسئولية فان المدين يعتبر هنا غالطاً بأن لم يكن مدركاً وقت التعاقد أن سبباً سيجد من شأنه أن يحول بينه وبين تنفيذ ما تعهد به .

---

(١) ولازال الفقه الحاضر حتى الآن يردد تعريف سالى الشهير بأن «الغلط يتطوى على عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية أى أن الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلنة – البند الأول من تعليقه على المادة ١١٩ فى مؤلفه التعبير عن الإرادة . ويقول مارتى ورينو (القانون المدنى ج٢–١٩٦٢ فقرة ١٣١) أن نظرية الغلط الفرنسية ليست فى مجموعها الا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ولنظرية الإرادة الباطنة .

وقد ذهب رابو (١) فى تفسيره للمادة ١١٤٧ مدنى فرنسى إلى رأى مماثل استناداً إلى تبرير يدور حول التأصيل الذى ذكرناه ، فهو يقول أن الإرادة المحتملة للمتعاقدين تعنى بصفة عامة أن الالتزام ليس طليقاً من كل قيد ، إذ أن المدين لايلزم عادة الا بما هو فى استطاعته دون أن يذهب إلى حد مواجهة صعوبات لا يمكن التغلب عليها ، وهو حتى فى الالتزام المحدد لا يصدر وعده بتحقيق النتيجة إلا مقروناً بتحفظ مرتبط بعدم قيام قوة قاهرة . ومعنى ذلك أن الالتزام لا ينشأ إلا فى حالة إنتفاء هذه القوة .

والتفسير الذى نقول به يوضح ما يذهب اليه الفقه عن أنه فى الإلتزام بتحقيق نتيجة يتحمل المدين إثبات السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ . وإذا كان الفقه يقول أن فى ذلك مخالفة للقواعد العامة بما يتضمنه من نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين تأسيساً على افتراض قرينة مؤداها أن عدم التنفيذ راجع اليه (٢) ، فنحن نقول أنه لا افتراض هنا ولا مخالفة للقواعد العامة إذ أن ادعاء المدين بقيام السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ إنما هو ادعاء من جانبه بوقوعه فى غلط مايتحمل إثباته طبقاً للقواعد العامة .

أما فى لالتزام ببذل عناية ، كالتزام الطبيب بالعلاج الذى تعهد به ، فشأنه فى رأى الفقه الحاضر شأن الإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان المدين لم يقم أصلا بالعمل المطلوب (٣) . وفى رأينا أن الالتزام ببذل عناية إنما هو التزام محدد وان كان يرجع فى تحديده غالباً إلى الأصول العلمية أو إلى العرف ، فاذا ما تحدد كان على المدين عبء إثبات القيام به طبقاً للقواعد العامة لأنه يدعى القيام بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . أما إذا كان قد ترتب على عمل المدين أثناء قيامه بتنفيذ التزامه هذا ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد

(١) المرجع السابق فقرة ٤١ .
(٢) مازو موسوعة المسئولية ج ٢ فقرة ١٦٩٨ : عبد الحى حجازى ج ٣ ص ١٥١ – ١٥٢
(٣) إسماعيل غانم أحكام الإلتزام فقرة ٥٢ .

فتكون بصدد ضرر تقصيرى بحت تحكمه قواعد المسئولية التقصيرية وحدها كما سبق القول فى تحديد ما هية الإلتزام العقدى . وطبقاً لهذه القواعد يتحمل المدين عبء الإثبات، مع مراعاة تحديد مدى الاثبات المطلوب من المكلف به، ومع مراعاة القرائن التى قد يقتضيها تنظيم عبء الإثبات تمشياً مع الغالب والظاهر من الأمور .

أما عن النوع الثانى من علاقة السببية وهى تلك التى تربط عدم التنفيذ بالضرر ، فبعد أن حددنا الالتزام العقدى فيما ذكرناه آنفاً ، بأن استبعدنا من نطاقه كل ضرر يمس محلا لم ينشئه التعاقد ، وبعد أن بينا أن التعبير القائل بأن المدين يلزم بتعويض الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ التزامه العقدى إنما هو تعبير غير مباشر وغير دقيق لأنه بعد أن نشأ هذا الإلتزام صحيحاً فانه يمثل حقاً مالياً يتعين على المدين أداءه عيناً فان استحال هذا عليه (لغير سبب أجنبى) أو إمتنع عن أدائه الزم بمقابل هذا الإلتزام ، بعد أن بينا ماتقدم،فانه لا يبقى إلا تقدير مقابل الإلتزام أى تقدير منفعته للدائن وقت إستحقاق أدائه . والمنفعة أما أن تكون إيجابية فقط وأما أن تكون إيجابية وسلبية . وفى تحديد قدر هذه المنفعة يجرى أعمال مبدأ السببية المادية أى الربط بين تنفيذ الإلتزام فى ميعاده المحدد وبين المنفعة التى كانت ستعود على الدائن من هذا التنفيذ ، وهو مايعنيه الفقه الحاضر بعبارة «النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فى الوفاء» .

وواضح أن اعمال السببية المادية هنا لايتطلب الالتجاء إلى نظام المسئولية العقدية ، فالسببية ليست بشرط لاستحقاق الدائن مقابل الالتزام ، وإنما هى مجرد معيار لتحديد قدر المنفعة التى يتضمنها الالتزام .

حجية القرار الصادر بأن لاوجه لاقامة الدعوى الجنائية بالنسبة إلى المجنى عليه

تعليق على حكم النقض الصادر بتاريخ ٣٠ من يناير سنة ١٩٦٧[1]

للدكتور حسن صادق المرصفاوى
أستاذ القانون الجنائى

بتاريخ ٣٠ من يناير سنة ١٩٦٧ أصدرت محكمة النقض حكماً فى الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٣٦ قضائية جاء به «إن قانون الإجراءات الجنائية أجاز فى المادة ٧٦ لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعى بحقوق مدنية أثناء التحقيق فى الدعوى . كما أجاز للمدعى بالحقوق المدنية وحده بمقتضى المادة ١٦٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ إستئناف الأوامر الصادرة من قاضى التحقيق بأن لاوجه لإقامة الدعوى . وأجاز كذلك فى المادة ١٩٣ الطعن فى الأمر الذى يصدر من مستشار الإحالة بالا وجه لإقامة الدعوى . ونصت المادة ١٩٩ على أن تباشر النيابة العامة التحقيق طبقاً للأحكام المقررة لقاضيه . وخولت المادة ٢١٠ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ للمدعى بالحقوق المدنية وحده الطعن فى الأمر الصادر من النيابة العامة بأن لاوجه لإقامة الدعوى . وقد نصت المادتان ١٩٧ و ٢١٣ على أن الأمر الصادر بعدم وجود وجه — سواء من قاضى التحقيق أو من مستشار الإحالة أو من النيابة العامة — يمنع من العودة إلى التحقيق إلا إذا ظهرت دلائل جديدة ، ونيط بالنيابة العامة دون غيرها سلطة إعادة تحريك الدعوى الجنائية بناء على تلك الدلائل . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٢ المعدلة بالقانونين رقمى ١٢١ لسنة ١٩٥٦ و ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة بتكليف خصمه مباشرة بالحضور أمامها

(١) فى الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٣٦ (منشور فى مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة عشرة القاعدة رقم ٢١ ص ١١٧) .

إذا صدر أمر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة بأن لاوجه لإقامة الدعوى ولم يستأنفه المدعى بالحقوق المدنية فى الميعاد أو استأنفه فأيدته محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة . لما كان ذلك ، فان الشارع يكون قد دل على أن الأصل أن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى له قوة الأمر المقضى بما يمتنع معه تحريك الدعوى الجنائية من بعد صدوره . وهذا الأصل حكمه عام ينسحب فيه خطاب الشارع إلى كافة أطراف الدعوى الجنائية فيسرى حظر تحريك الدعوى المذكورة بعد صدور الأمر المشار اليه على النيابة العامة — ما لم تظهر دلائل جديدة — وعلى المدعى بالحقوق المدنية ، كما يمتد بالضرورة ومن باب أولى إلى المجنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية وإن كان الشارع قد اكتفى بالإشارة فى المواد المتقدمة إلى المدعى بالحقوق المدنية دون المجنى عليه الذى استبعد منها بالتعديل الذى أدخل على قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ ، فما ذلك إلا على إعتبار أن المجنى عليه متى قعد عن الإدعاء بالحقوق المدنية أثناء التحقيق فلا تقوم له صفة الأخصام فى الدعوى ، وبالتالى يمتنع عليه ما للمدعى بالحقوق المدنية من حق إستئناف الأمر الصادر بأن لاوجه لإقامتها ، ومن ثم لا يكون له تحريك الدعوى إبتداء بعد صدور ذلك الأمر من سلطة التحقيق . والقول بغير ذلك فيه إهدار لقوة الأمر من طرف لم يتخذ لنفسه صفة فى الدعوى ، وهو ما لا يتفق مع ما هدف اليه الشارع من إحاطة الأمر بأن لاوجه — متى صار باتا — بسياج من القوة يكفل له الإحترام ويمنع من معاودة طرح النزاع ذاته أمام القضاء» .

والنظر فى المبدأ الذى قررته محكمة النقض يقتضى تناول أمرين ، أولهما موقف المدعى بالحقوق المدنية من القرار الصادر بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، والآخر موقف المجنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية منه .

١ — حالة المدعى بالحقوق المدنية :

إذا ادعى من لحقه ضرر من الجريمة مدنياً أمام سلطة التحقيق ثار التساؤل عما إذا كان يحق له أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة فى صورتين

الأولى بعد صدور قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، والأخرى أثناء التحقيق الذى تباشره النيابة العامة . والذى يحدد الإجابة على هذين السؤالين هو تحديد صفة المدعى بالحقوق المدنية فى الخصومة أمام سلطة التحقيق . ومما لا شك فيه أن المطروح عليها هو الدعويين الجنائية والمدنية ، وبالنسبة إلى الأخيرة يكون المدعى بالحقوق المدنية خصما فيها ، يتمتع بحقوق الخصوم جميعاً ويلتزم بالواجبات المفروضة عليهم ، فيكون له حق الطعن فى القرار الصادر من سلطة التحقيق ، كما تكون له حجية قبله .

ومع هذا فنجد أن الوضع كان مختلفاً قبل تعديل المادة ٢٣٢ إجراءات جنائية بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦ – والتى سلفت الإشارة اليها فى حكم النقض – فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية من القانون المذكور «أن قانون الإجراءات الجنائية قد فتح أمام المدعى بالحق المدنى باباً للطعن أمام غرفة الإتهام فى الأمر الذى يصدر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة لعدم وجود وجه لإقامة الدعوى ، بحيث لو قبلت غرفة الإتهام الطعن أمرت برفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة المختصة ، فإذا لم تقبله أو قضت برفضه ، فإن التشريع الراهن يبيح له بعد ذلك فى مواد الجنح والمخالفات تكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة المختصة ، وهو أمر يغرى بالشطط فى الخصومات ، ويزحم عمل المحاكم بدعاوى لا غنى فيها ولا خير منها . وقد روئى لذلك أن يضاف إلى القانون حكم آخر يمنع المدعى بالحق المدنى من رفع الدعوى مباشرة فى هذه الحالة ، ويستوى فى ذلك أن يكون قد ارتضى الأمر بأن لا وجه ولم يطعن فيه ، أو طعن فيه وأيدت غرفة الإتهام الأمر.

ويؤخذ مما تقدم أنه إذا أصدرت سلطة التحقيق قراراً بأن وجه لإقامة الدعوى ، فليس للمدعى بالحق المدنى أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة ، وكل ما له هو حق الطعن فى ذلك القرار أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة . فإن ارتضى الأمر أو أيدته المحكمة إن طعن فيه ، فلن تضار حقوقه ، حيث إن له حق طرح الدعوى أمام المحكمة المدنية ، التى لا يكون للقرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى حجية أمامها .

ومتى إدعى المضرور من الجريمة مدنياً فانه لا يجوز له أن يترك هذا السبيل ويلجأ إلى الدعوى المباشرة ، بل عليه أن يتريث تصرف النيابة العامة : فإن أصدرت قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يرضه قام بالطعن فيه ، لأنه بمجرد إدعائه مدنياً أصبح خصما فى الدعوى تسرى عليه أحكام القانون الخاصة بالمدعى بالحق المدنى . ولقد قضت محكمة النقض — فى ظل قانون تحقيق الجنايات الأهلى — بأنه إذا أمرت النيابة العامة بحفظ قضية قطعياً فليس للمدعى بالحقوق المدنية أن يعلن المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة ما لم تقم أدلة جديدة كنص المادة ١٢٧ ت . ج. ا (١٩٠٦/٣/٣١ المجموعة الرسمية س ٧ ص ١٩٤) . ثم قضت بأن كل ما من شأنه المساس بحقوق المدعى المدنى يجب أن يكون مبنياً على نص صريح لا آتياً من طريق القياس ولا تنطبق المادة ٤٢ ت . ج . ا رغماً عن عموم نصها إلا فى حالة تحريك النيابة للدعوى العمومية ، فلا تأثير لها على الدعوى العمومية المرفوعة مباشرة من المدعى المدنى . وأمر الحفظ الصادر من النيابة طبقاً للمادة ٤٢ ت . ج . وإن كانت سلطتها فى إصداره قضائية إلا أنه لا يمنع المدعى المدنى من رفع الدعوى العمومية مباشرة على خلاف الأمر الصادر من قاضى التحقيق طبقاً للمادة ١٢٧ ت . ج بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، إذ يمكن للمدعى المدنى أن يطعن فيه حالة أنه لم يكن لديه طريق للطعن فى أمر الحفظ (١٩٢٣/٦/٤ المحاماه س ٤ ص ٣٢١) . والذى يؤخذ من هذا القضاء أنه متى كان للمدعى بالحق المدنى سبيلا للطعن فى القرار الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى بعد تحقيق ، فلا يجوزله أن يترك هذا الطريق ويحرك الدعوى مباشرة . أما إذا لم يكن له هذا الطريق فحقه فى تحريك الدعوى المباشرة قائم ، وإلا حرمناه من حق مقرر له قانوناً بغير نص على ذلك .

٢ — حالة المجنى عليه :

سبق أن رأينا أن حقوق المدعى بالحق المدنى قد تحددت بصفته فى الدعوى ، أى كونه خصما فيها تترتب له حقوق بناء على تلك الصفة . ويستتبع هذا التساؤل عن وضع المجنى عليه — الذى لم يدع مدنياً — بالنسبة

إلى التحقيق الذى تباشره النيابة العامة . لا جدال فى أن المجنى عليه لا يعتبر خصما فى الدعوى ، وعلى هذا ليس من حقه أن يتقدم بأى طلبات إلى جهة التحقيق وإن قدمها فلها أن تلتفت عنها دون تثريب عليها .فليس له مثلاأن يطلب سماع أقوال معينين ، أو ندب خبير ، أو إنتقال إلى معاينة . فى حين أن المدعى بالحق المدنى له حق ابداء هذه الطلبات ، ويجب على المحقق أن يفصل فيها. والمجنى عليه فى حقيقته لا يعدو أن يكون شاهداً فى الدعوى ، فهو يسوق إلى المحقق المعلومات المتعلقة بالجريمة التى وقعت عليه .

ولقد تنبه المشرع إلى هذه الصفة التى للمجنى عليه عند تعديله لبعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ فعدل المواد التى كانت تسوى بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية وأبعده عن نطاقها . وبهذا أصبح للمجنى عليه أن يختار أحد طريقين ، الأول الإدعاء المدنى وحينئذ يتمتع بجميع الحقوق الخاصة بالمدعى المدنى وتطبق فى حقه القواعد التى سبق لنا بيانها . والآخر أن لا يدعى مدنياً فلا تكون له علاقه بأى تصرفات تصدر من جهة التحقيق . ولم يكن المشرع مجانباً الصواب فى تعديله المشار اليه حيث لا محل مثلا لمنح المجنى عليه حق الطعن فى قرار صادر فى خصومة لم يكن هو طرفاً فيها ، وإلا خرجنا على القواعد العامة فى الإجراءات والتى تقضى بأن الطعن لا يقبل إلا ممن له صفة فيه بأن يكون خصما فى القرار المطعون فيه .

وقبل أى تعرض لحق المجنى عليه فى تحريك الدعوى الجنائية مباشرة بعد صدور قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، تتناول بالبيان حقه فى ذلك التحريك قبل صدور القرار المشار اليه . لقد منح المشرع حق تحريك الدعوى الجنائية مباشرة لمن لحقه ضرر من الجريمة إذا توافرت الشروط المقررة ، ولم يضع أى قيد على هذا الحق إذا قامت سلطة التحقيق بمباشرة إجراءات التحقيق ، فالمدعى بالحق المدنى إما أن يدعى مدنياً أمام جهة التحقيق ، أو أن يلجأ إلى المحكمة فيحرك الدعوى الجنائية مباشرة ، فليس ثمة ما يلزمه بأن يدعى مدنياً أمام سلطة التحقيق ، فقد يرى أن بطء الإجراءات فيه ضرر له .

وتبقى أخيراً الصورة التى يصدر فيها قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، فهل من شأن هذا القرار أن يحرم المجنى عليه من الإلتجاء إلى الطريق المباشر ؟ لقد ذهبت محكمة النقض فى حكمها – موضوع التعليق – إلى حرمان المجنى عليه من تحريك الدعوى الجنائية مباشرة ، للأسباب التى ساقتها ، ونحن نناقشها فيما يلى :

لقد ذهبت المحكمة إلى أن القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى له قوة الأمر المقضى به وتمتد بالضرورة ومن باب أولى إلى المجنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية . ولقد فات المحكمة أن أول شروط قوة الأمر المقضى به هو وحدة الخصوم ، أى أنه إذا اختلف الخصوم فلا حجية لأمر أو حكم بينهم والنتيجة الحتمية لهذا أنه لا حجية لأمر أو حكم لمن لم يكن خصماًفيه ، وهو حال المجنى عليه فى صورتنا الراهنة ، ولم تكشفالمحكمة عن الضرورة التى تمد الحجية اليه ، أو وجه القياس بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية .

وتعود المحكمة إلى القول بأن المجنى عليه متى قعد عن الإدعاء بالحقوق المدنية أثناء التحقيق فلا تقوم له صفة الأخصام فى الدعوى ويمتنع عليه بالتالى ما للمدعى بالحقوق المدنية من حق إستئناف الأمر الصادر بأن لا وجه لإقامتها . وترتب على ما تقدم أن لا يكون للمجنى عليه تحريك الدعوى إبتداء بعد صدور ذلك الأمر من سلطة التحقيق . ولسنا ندرى كيف توصل المقدمات إلى هذه النتيجة ، مع أنه كان مؤدها الوصول إلى العكس ، لأنه متى انتفت صفة الخصومة عن المجنى عليه ولم يكن له حق الطعن فى الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، كان من اللازم أن يكون الباب الآخر مفتوحاً وهو حق تحريك الدعوى مباشرة .

وتحاول المحكمة تبرير تلك النتيجة بما ساقته من أن القول بغير ذلك فيه إهدار لقوة الأمر من طرف لم يتخذ لنفسه صفة فى الدعوى ، وهو ما لاينفق مع ماهدفاليه الشارع من إحاطة الأمربأن لاوجه – متى صار باتاً – بسياج من القوة يكفل له الإحترام ، ويمنع من معاودة طرح النزاع ذاته

أمام القضاء . وقد فات المحكمة – على ما سبق لنا ذكره – أن قوة الأمر لا تكون إلا بين الأطراف فيه . ومن ناحية أخرى إن المشرع لم يضع الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى فى مصاف الأحكام الباته ، فاذا ظهرت أدلة جديدة من شأنها تقوية الأدلة التى كانت قائمة قبل انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة ، جازت العودة إلى الدعوى الجنائية من جديد ورفعها أمام المحكمة فى حين أن أية أدلة جديدة بعد حكم البراءة البات تمنع بصفة مطلقة من العودة إلى طرح النزاع على المحكمة . وبهذا يكون الإستدلال الذى أرادت محكمة النقض أن تسوقه ضمناً ، قد جاء فى غير موضعه .

وأخيراً فان المبدأ الذى قررته محكمة النقض يؤدى فى بعض تطبيقاته إلى نتائج غير مقبولة . فاذا فرضنا أن النيابة – وقد وصل اليها العلم بالجريمة – باشرت التحقيق فى الدعوى ، دون أن يدرى المجنى عليه من أمره شيئاً بسبب غيبته فى الخارج مثلا ، ثم انتهت إلى إصدار قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى فان المبدأ المشار اليه يوصل إلى حرمانه من تحريك الدعوى الجنائية مباشرة ، وهى نتيجة لا يمكن التسليم بها . فان قيل بأن هذا المبدأ يطبق فى الحالة التى يعلم بها المجنى عليه بمباشرة النيابة العامة للتحقيق ويقعد عن الإدعاء بالحق المدنى ، كما جاء فى عبارة الحكم ، ومن ثم لا يطبق على الصورة موضع البحث ، لكان فى هذا الكفاية لإهدارها ، إذن المسلم به وجوب أن تكون القاعدة من الشمول بحيث توصل إلى حلول واحدة فى مختلف الفروض . وهنا سوف يختلف حق المجنى عليه فى حالة ما إذا علم باجراءات التحقيق عنه إذا لم يعلم بها ، أى قد تكون للقرار بأن لاوجه لإقامة الدعوى حجية فى صورة ، وتنتفى تلك الحجية فى صورة أخرى .

وبهذا فمن رأينا أن النصوص القانونية وروح التشريع تؤدى إلى أن المجنى عليه يجوز له أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة سواء أثناء التحقيق أو بعد صدور القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى . أما المدعى بالحق المدنى فإنه لايستطيع أن يرفع الدعوى الجنائية مباشرة متى أدعى مدنياً ، أو متى صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية .

فى أن التأليف للتدريس غير خاضع لضريبة

تعليق للاستاذ الدكتور رمسيس بهنام

الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٦٦ وفى الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٣٠ القضائية ، حكمت محكمة النقض بأن من حق المؤلف أن يستغل مؤلفه بطريق مباشر أو غير مباشر ، ومن وسائل هذا الاستغلال أن يتولى طبع مؤلفه ونشره بنفسه أو بواسطة الغير بقصد تحقيق ربح مادى ، ونشاط المؤلف فى نقل مؤلفه إلى الجمهور واستغلاله على هذه الصورة يخضع للضريبة على أرباح المهن غير التجارية فى معنى المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وقولها « تسرى هذه الضريبة على كل «مهنة» أو «نشاط» لا يخضع لضريبة أخرى» ، وهما وصفان متغايران ردد الشارع بينهما بلفظ «أو» لكى يخضع للضريبة على المهن غير التجارية أحوال استغلال كل نشاط لا يخضع لضريبة نوعية بقصد تحقيق ربح مالى ، وإن لم يتخذه صاحبه مهنة معتادة له — (تراجع مجموعة محكمة النقض — السنة ١٧ — العدد الرابع — رقم ٢٥٩ — ص ١٧٩٣) .

واستندت مصلحة الضرائب على هذا الحكم لتطالب بضريبة المهن غير التجارية حتى أستاذ الجامعة فيما يتعلق بالمؤلف الذى يضعه لطلبته فى فرع التخصص العلمى المعهود إليه رسمياً بتلقينه إياهم وامتحانهم فيه .

كما استخلصت بعض المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ذات المعنى من الحكم المذكور ، فغيرت قضاءها عما كان ، ونسب البعض منها إلى أساتذة الجامعة أن شأنهم فى مؤلفاتهم الجامعية شأن أى مؤلف يستهدف من طبع مؤلفه ونشره الاستغلال والربح .

ونورد على سبيل المثال حكماً أصدرته محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ ١٤ يناير ١٩٦٨ فى الاستئناف رقم ١٥٦ لسنة ٢٢ ق تجارى المرفوع من مصلحة الضرائب ضد مدرس فى كلية التجارة بجامعة الإسكندرية .

فقد جاء فى هذا الحكم ما يلى :

«ومن حيث أن المادة ٢/٧٢ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقانون ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ تقضى بأن تسرى ضريبة المهن غير التجارية على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ولم تعف من أدائها إلا الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب وذلك فى حدود نشاطها الاجتماعى أو العلمى أو الرياضى وكذلك المعاهد التعليمية والمنشآت الزراعية ، وليس المستأنف ضده واحداً منها فلا يسرى عليه الإعفاء .

ومن حيث أنه فى حدود ذلك النص ونص المادة ٧٣ التالية له ، قد أصبحت الضريبة على أرباح المهن غير التجارية هى ضريبة القانون العام ، ولم تصبح قاصرة على أرباح مهنة معينة أو على أرباح المهن الحرة وحدها بل صارت شاملة لكل نشاط يزاوله الممول ولو لم يتخذه حرفة له ما دام لا يخضع لضريبة أخرى ولم يكن ممن يعفيهم القانون من أداء الضريبة . ولم تعد ثمة ضرورة لتوفر شرط الانقطاع لمزاولة المهنة أو النشاط كما أنه لا ضرورة لتوفر شرط تغيى الربح عند بدء مزاولة النشاط ويكفى أن تكون هذه الغاية قد تحققت وكانت أحد الدوافع التى دعت اليه ، هذا هو الرأى الذى استقر عليه القضاء وتؤثره المحكمة ، وإذ كان هذا ، وكان من حق المستأنف ضده وهو بسبيل نشر علمه أن يستغل مؤلفاته بما يعن له من وسائل الاستغلال كأن يجرى طبعها وبيعها عن طريق دور النشر العامة فاذا حقق له هذا الاستغلال ربحا فانه لا معدى لإخضاع هذا الربح للضريبة المنوه عنها فى المادة ٧٢ السالفة الذكر ولا وجه لما يذهب اليه المستأنف ضده من أنه يباشر عملا جامعياً فى حدود نشاطه العلمى ولا للقول بأن مصلحة الضرائب لم تقدم ما يدل على أنه قام بالتأليف فى سنوات النزاع بقصد تحقيق الربح ، لأن

هذا كله يتجافى وما ثبت بكتاب مؤسسة المطبوعات الحديثة من أنه حصل منها على المبالغ السابق ذكرها فى سنوات النزاع . كما أن المستأنف ضده لم يقدم ما يدل على أنه يقتصر فى نشر مؤلفاته على التوزيع داخل نطاق الجامعة أو الكلية التى يقوم بالتدريس فيها دون تجاوز لهذه الحدود ، وإن حصوله على المبالغ السالفة الذكر لدليل على قيامه بالنشر والتوزيع على نطاق واسع يتجاوز حدود الكلية والنشاط الجامعى البحت ، ومع ذلك فانه يهم المحكمة أن تشيد بما لأساتذة الجامعات من فضل على العلم وطلابه وتهيب بأولئك الأساتذة أن يضيفوا إلى حصيلة العلوم والفنون ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا دون أن يثنيهم عن ذلك واجب أداء الضريبة فهو حق للدولة على كل المواطنين يؤدونه فى حدود القانون وأساتذة الجامعات بلا ريب فى مقدمتهم» .

تلك أسباب الحكم ، ويؤخذ عليها منذ الوهلة الأولى ما يلى :

(أولا) أنها مع التسليم بأن الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب معفاة من الضريبة فى حدود نشاطها العلمى ، إستبعدت أساتذة الجامعات من عداد تلك الجماعات ، معتبرة هذا الاستبعاد قضية مسلماً بها ودون ذكر لأساسه العقلى .

(ثانياً) أنها إذ وصفت ضريبة المهن غير التجارية بأنها ضريبة القانون العام وبأنها — طبقاً لعموم نص القانون — تسرى على كل نشاط يزاوله الممول ما دام لا يخضع لضريبة أخرى ، فات عليها أن المقصود بهذا «النشاط» كوعاء لتلك الضريبة ، السلوك التلقائى الذى لا يكون صاحبه مرغماً عليه بحكم وظيفة عامة .

(ثالثاً) أنها تنسب إلى أستاذ الجامعة تغيى الربح ، إن لم يكن عند بدء مزاولة النشاط ، فعلى الأقل فى لحظة لاحقة ، مع أن هذا التغيى عنصر نفسانى ليس من السائغ تقرير وجوده بتلك السهولة وبغير تدليل .

(رابعاً) أنها تستخلص وجود قصد الربح لدى أستاذ الجامعة من كون كتابه يوزع خارج نطاق الجامعة أو الكلية التى يقوم بالتدريس فيها ، وذلك

عن طريق دور النشر العامة ، مع أن هذه الحجة فى ذاتها وبمفردها لا تؤدى عقلا إلى ثبوت هدف الربح ، فدار النشر العامة تتولى الطبع والتوزيع لأن الأستاذ لا يملك من المقدرة المالية ما يتيح له تحمل الطبع على نفقته الخاصة ، كما أن وجود الكتاب معروضاً فى مكان دار عامة للنشر أو أكثر من دار ، لا يعنى أكثر من مجرد إرشاد الطالب الذى يهمه ذلك الكتاب إلى أنه موجود فى هذا المكان ، وليس بلازم أن تقام داخل أسوار الجامعة حوانيت لعرض الكتب وتوزيعها ، بل يعد ذلك إن حدث ، مخلا بالنظام وبالرونق العام لأفنية الجامعة ، وبحولها إلى أسواق للبيع والشراء تسيء إلى مهابة الجامعة كمحراب للعلم .

(خامساً) أنها اعتبرت طبع الأستاذ لكتابه وتوزيعه لهذا الكتاب استغلالا للعلم ، فى حين أنه لا يعدو أن يكون تسجيلا لابد منه للعلم ولنتائج البحث فيه ، وقالت إنه إذا حقق ذلك الاستغلال ربحاً فلا معدى عن إخضاعه للضريبة ، مع أن مجرد نتاج فائض فى صورة مبلغ من النقود لا يعنى حتما وبالضرورة أن هذا المبلغ ربح ، فقد افترض القانون ذاته حين أعفى من الضريبة الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب ، أن ثمة مبلغ يعود عليها من نشاطها ، ومع ذلك نفى أن يكون هذا المبلغ كسباً لكونه ناتجاً من نشاط يسلم القانون ذاته بأنه لا يهدف إلى الكسب . وسنحدد فيما يلى النعت الذى يمكن أن يوصف به مثل ذلك المبلغ حين يعود على أستاذ الجامعة .

(سادساً) أنها تشيد بما لأساتذة الجامعات من فضل على العلم وطلابه وتهيب بهم فى الوقت ذاته أن يؤدوا واجب الضريبة لأنها حق للدولة على كل المواطنين . وهذا هو العجب العجاب .

فليس أستاذ الجامعة يزعم لنفسه امتيازاً على سائر المواطنين من ناحية عدم الخضوع للضريبة .

فهو يدفع عن طيب خاطر ضريبة كسب العمل عن مرتبه كموظف عام

وعن كافة ما يؤول اليه فوق المرتب من مكافآت ، ويدفع كذلك ضريبة الإيراد العام .

أما البحث العلمى كعمل خاص يميز أستاذ الجامعة عن غيره من الناس ، فهو فى ذاته وفى نظر من يدرك حقيقته ضريبة الضرائب ، ولا محل بعدها لأية ضريبة .

وإذا كان يوجد ثمة مبلغ يعود على الأستاذ من وراء تسجيل نتائج ذلك البحث ونشرها على الطلاب ، فانه مبلغ قصد القانون – كما سيجيء – البعد به عن متناول الضريبة .

وحين يقرر القانون إعفاء عمل ما من عبء الضريبة ، يقصد بذلك أن الضرر الذى تصيب به الضريبة هذا العمل ، يؤذى مجتمع المواطنين أكثر مما تفيده الضريبة فيما لو تقررت ، فيؤثر لذلك صرف النظر عنها . فهذه هى الحكمة من أى إعفاء ضريبى .

وقد تقدم أن أستاذ الجامعة يدفع كثيراً من الضرائب التى تهبط بمقرراته المالية إلى حد كبير عن الأرقام الإسمية الظاهرية لهذه المقررات .

فاذا أخضع للضريبة كذلك ، حتى فيما يعود عليه من البحث العلمى المضنى والتسجيل الشاق لنتائج هذا البحث ، فإن معنى ذلك كما سيجيء أن توجه إلى العلم والعلماء طعنة قاتلة ، لا شك فى أن القانون قد حرمها ، وإن فات ذلك على الحكم موضوع التعليق .

* * *

حديثنا حتى الآن ، كان عن حكم محكمة استئناف الإسكندرية وما يجرى على نهجه من الأحكام .

وكان الحديث عن أسباب الحكم .

وإنما تستحق النتائج المنطقية للحكم حديثاً آخر .

فالقول بأن أستاذ الجامعة يخضع لضريبة المهن غير التجارية فيما يتعلق بكتابه الجامعى ، مؤداه أن يتحمل كافة الالتزامات المرتبطة قانوناً بتلك الضريبة طبقاً لما بينته المادتان ٧٤ ، ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (معدلا بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٥٥) ، ومن هذه الالتزامات أن يمسك أستاذ الجامعة بدفتر يومية ودفتر إيصالات ذى قسائم بأرقام مسلسلة .

ولكن ما مناسبة ذلك فى صدد كتاب أعده الأستاذ لطلبته فى حدود المنهج الرسمى الذى يدرسهم إياه ؟ .

إن ما فى ذلك الالتزام من شذوذ واضح فيما يتعلق بالكتاب الجامعى لأستاذ الجامعة ، ليدل فى ذاته على مخالفة القانون فى تحميل هذا الأستاذ من أجل ذلك الكتاب ، بالتزام لم يتقرر أصلا لمثل هذا النوع من الأعمال ولا محل له إطلاقاً فى مجال لا يتعدى إمداد الطلاب فى مادة التخصص بمرجع لهم يعولون عليه فى الإلمام بهذه المادة وأداء الامتحان فيها .

والواقع أن الشذوذ وصف يلحق دائماً بنتائج كل أمر فيه خروج على القانون ، ويعد أقوى العلامات الدالة على هذا الخروج ، إذ لو كان تطابق الأمر مع القانون قائماً ما كان يوجد فى نتائجه أى شذوذ .

* * *

وفوق ما تقدم ، فانه ليس لمصلحة الضرائب أن توالى ملاحقتها لأستاذ الجامعة متعللة فى ذلك بحكم محكمة النقض السالف بيانه فى ديباجة هذا التعليق .

فمن ناحية ، لم يصدر هذا الحكم فى صدد أستاذ من أساتذة الجامعة ، حتى يبرر ما انبعث بسببه عن مصلحة الضرائب من طبل وزمر .

ومن ناحية أخرى ، يتعين فهم الواقعة التى فصل فيها ذلك الحكم لمعرفة حدودها ومعالمها ، وبذا يتأتى وضع الحكم موضعه الصحيح وعدم تحميله أكثر مما يحتمل .

وبالرجوع إلى ذلك الحكم يتبين منه أن الواقعة خاصة بأستاذ كان يلقى محاضرات فى معهد الضرائب على موظفى مصلحة الضرائب وطبع هذه المحاضرات سنة ١٩٤٧/٤٦ ، غير أنه أعاد طبعها لمناسبة صدوز القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بتعديل القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وباع جانباًمن نسخ الكتاب بمعرفة إحدى المكتبات وقام هو ببيع باقى النسخ ، ثم أعاد طبع الكتاب سنة ١٩٥٦ لمناسبة التعديلات التى استحدثها المشرع بقوانين الربط الحكمى وألف جزءاً ثانياً من الكتاب أضافه إلى الجزء الأول .

ولذا نسبت إليه محكمة النقض قصد الربح ، إذ قالت إن هذا القصد هو أحد الدوافع التى دعت إلى النشاط ، ولو أنه لم يكن متوافراً عند بدء مزاولة النشاط أى وقت التدريس .

فما شأن تلك الحالة بأستاذ فى الجامعة طبع نتائج بحثه العلمى فى سبيل أن يدرسها لطلابه ، وأعاد طبعها بما طرأ عليها من جديد لأنه لا يزال يدرسها للطلاب ، وليس لديه قصد الربح لا أولا ولا آخراً ؟ .

إذا كان يحدث عرضاً أن يصل كتاب أستاذ الجامعة إلى متناول شخص من غير الطلاب ، فإن ذلك ليس على أية حال الهدف الذى يرمى اليه الأستاذ أصلا ، لأنه إنما يطبع نتائج كفاحه العلمى لطلابه بقدر حاجتهم وبمقدار يتناسب مع عددهم ، ولا ينصرف قصده بتاتاً إلى النشر للجمهور دون تمييز ، وينتفى لديه العنصر النفسانى الذى يتطلبه القانون فى سبيل الإلزام بالضريبة مادام الكتاب محصوراً فى المنهج الرسمى المحدد لامتحان الطلاب فيه .

والقول الفصل فى ذلك للقانون .

ولذا نورد فيما يلى نص المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (معدلا بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ثم بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٦٠) ، ونبين كيف أن نتيجة التطبيق السليم والتفسير الصحيح لهذا النص ، هى

إخراج أستاذ الجامعة من عداد الخاضعين لضريبة المهن غير التجارية ، وإنما فى حدود الكتاب العلمى الذى يضعه للطلاب فى المنهج الرسمى المعهود إليه بتلقينهم إياه وامتحانهم فيه .

تنص تلك المادة على أنه :

«إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٢ تفرض ضريبة سنوية سعرها :

١١٪ عن الـ ١٥٠٠ جنيه الأولى

١٣٪ عن الـ ٥٠٠ جنيه التالية

١٥٪ عن الـ ١٠٠٠ جنيه التالية

١٨٪ عن الـ ٢٠٠٠ جنيه التالية

٢٢٪ عما زاد على ذلك

على **ارباح** المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التى يمارسها المولون **بصفة مستقلة** ويكون العنصر الأساسى فيها العمل .

وتسرى هذه الضريبة على كل مهنة أو نشاط لايخضع لضريبة أخرى ومع ذلك يعفى من أدائها :

١ — **الجماعات التى لا ترمى الى الكسب** وذلك فى حدود نشاطها الاجتماعى أو العلمى أو الرياضى وكذلك المعاهد التعليمية .

من هذه الإرادة الصريحة للقانون ، يتضح الشرطان اللازم توافرهما لاستحقاق ضريبة المهن غير التجارية .

الشرط الاول : يتعلق بوعاء الضريبة إذ يجب أن يصدق على هذا الوعاء وصف الربح .

والشرط الثانى : يتعلق بصاحب النشاط المنتج للربح إذ يلزم فيه أن يمارس هذا النشاط بصفة مستقلة ، لأنه إذا مارس النشاط بصفة تبعية أى مع وجود علاقة تبعية بينه كخادم وبين آخر كمخدوم لا تسرى الضريبة على المهن غير التجارية ، وإنما يجوز أن تسرى ضريبة أخرى هى تلك التى قررها القانون على كسب العمل ، وذلك متى تحققت الشروط الأخرى لهذه الضريبة .

وسنرى أن كلا الشرطين متخلف فى تأليف أستاذ الجامعة لكتاب فى فرع تخصصه .

ولا ينال من هذا النظر ، كما سنرى ، ولا يؤدى إلى استحقاق الضريبة على مثل هذا الكتاب ، كون النص قد قرر أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، لأن المقصود بهذا النشاط عمل لا يدخل فى مضمونه ولا يندرج تحته الكتاب الجامعى الموضوع للطلاب فى فرع التخصص .

* * *

عن الشرط الأول

يلزم فى وعاء الضريبة أن يكون ربحاً . وقد استلزم القانون هذا الشرط صراحة حين قرر أن الضريبة تسرى على أرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التى يكون العنصر الأساسى فيها هو العمل .

والقاسم المشترك بين المهن المقصودة هو العمل وكونه المصدر الأساسى للربح ، لا رأس المال ، لأن الربح الناتج من رأس المال يخضع لضريبة الأرباح التجارية والصناعية .

كما أن فيصل التفرقة بين الربح الناتج من العمل والخاضع لضريبة المهن غير التجارية ، وبين الربح الخاضع لضريبة كسب العمل والناتج هو الآخر من العمل ، أن الضريبة الأخيرة تسرى على من يمارس نشاطه تابعاً لمتبوع ، بينما ضريبة المهن غير التجارية تتعلق — كما قرر القانون صراحة — بمن يباشر نشاطه بصفة مستقلة .

وخصص نص القانون من يمارسون نشاطهم بصفة مستقلة بأنهم أرباب المهن الحرة والمهن الأخرى غير التجارية ، إذ رأى القانون أن للمهن الحرة معنى اصطلاحياً عرفياً ينصرف إلى الطب والمحاماة والهندسة ، فأراد استخدام تعبير آخر بالإضافة إليها هو تعبير المهن غير التجارية ، ليشمل هذا التعبير كافة المهن التي يكون العمل لا رأس المال المصدر الأساسي للربح فيها ، مثل التحليل الكيميائى والتمثيل المسرحى أو السينمائى والإخراج المنظرى والغناء والتأليف والتنفيذ الموسيقى والإنشاء الروائى ، وهذه كلها مهن لم يجر العرف على تسميتها بالمهن الحرة ، ولو أنها هى الأخرى مهن غير تجارية ، ليست فيها وساطة بين منتج ومستهلك ولا ترتكز على رأس المال ، كما فى التجارة والصناعة ، وإنما تعتمد أساساً على العمل الإنسانى الشخصى .

وشاء القانون ألا يفلت من الضريبة حتى من يباشر نشاطاً عرضياً منتجاً للربح ، كمن يؤلف رواية واحدة تصادف رواجاً ونجاحاً فتدر له كسباً وفيراً يعد ضربة من ضربات الحظ . فلكى يخضع القانون للضريبة حتى مثل هذا المؤلف ، على الرغم من أنه لم يحترف التأليف بعد ، ولم ينتج سوى رواية واحدة ، قرر فى عبارة عامة أن ضريبة المهن غير التجارية لا تسرى فحسب على كل مهنة لا تخضع لضريبة أخرى مثل ضريبة الأرباح التجارية والصناعية ، وإنما كذلك على كل نشاط لا يرقى إلى درجة المهنة أى الاحتراف ، متى كان لا يخضع لضريبة أخرى .

ولا يراد بالنشاط غير الخاضع لضريبة أخرى ، أى عمل إنسانى يعود على صاحبه بمبلغ من النقود .

فيلزم دائماً فى المبلغ العائد من العمل على صاحبه ، أن يكون ربحاً ، لأن وعاء الضريبة هو دائماً الربح ، وحدد القانون وعاء الضريبة فى ديباجة النص بأنه «أرباح» ، وحين قرر أن هذه الضريبة تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، قصد الضريبة موضوع النص والمحدد وعاؤها بأنه ربح لا محض النسب المئوية لتلك الضريبة ، إذ لا تتصور ضريبة بدون

وعاء معين لها وفى صورة نسبة مئوية تقتطع من أى مبلغ نقدى يحصل عليه أى إنسان . فمثل هذا الاقتطاع لن يكون ضريبة بالمعنى الفنى لهذه الكلمة وإنما صدقة إجبارية عفا عليها الزمن ولم يعد لها وجود .

وإذن فالنشاط الخاضع لضريبة المهن غير التجارية لأنه لا يخضع لضريبة غيرها ، لا يمكن إلاأن يكون نشاطاً مدراً لمبلغ يصدق عليه وصف الربح .

وحين قرر القانون أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، قصد التعميم من باب التحوط ، إذ لم يكن فى وسعه أن يضع بياناً جامعاً وحصراً شاملا لكل مهنة أونشاط العنصر الأساسى فيهما هو العمل ويدران ربحاً ، ومع ذلك لا يخضع ربحهما لا لضريبة الأرباح التجارية والصناعية ولا لضريبة كسب العمل .

فلو وضع القانون مثل ذلك البيان لجاء قاصراً عن الإحاطة بكل ماتستحدثه الحياة العصرية من صور للنشاط الإنسانى المنتج لربح تأسيساً على العمل وحده . فهذه الصور متزايدة على الدوام فضلاعن أنها تفوق الحصر ، ويمكن أن يدخل فيها يوما ما حتى جمع القمامة وحتى حراسة السيارات وترتيب وقوفها فى غياب أصحابها .

ذلك التعميم إذن ، لا يعدو أن يكون تحوطاً من جانب القانون فى تحديد وعاء الضريبة ، وذلك ليجيء هذا التحديد محكماً لا يفلت منه أى مواطن جنى ربحاً من وراء عمله .

هو تعميم ينطوى على أسلوب مفهوم المخالفة ، ويعزز ماسبق أن عبر عنه النص بأسلوب مفهوم المطابقة .

فكل نشاط قوامه الأساسى هو العمل لا رأس المال ، يخضع لضريبة المهن غير التجارية بمفهوم المطابقة مع الشطر الأول فى نص المادة .

وكل نشاط لا يخضع لضريبة المهن التجارية والصناعية ولا لضريبة

كسب العمل ، تسرى عليه – بمفهوم المخالفة – ضريبة المهن غير التجارية ، إذ يفترض فيه أن عدم خضوعه لضريبة أخرى راجع إلى كون قوامه الأساسى ليس رأس المال حتى تسرى عليه ضريبة المهن التجارية والصناعية ولا علاقة التبعية بين خادم ومخدوم حتى تتناوله ضريبة كسب العمل ، وإنما العمل ، وبالتالى تنصب عليه ضريبة المهن غير التجارية .

هذا هو كل ما يعنيه القانون بقوله عن ضريبة المهن غير التجارية إنه «تسرى هذه الضريبة على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى» .

وأما الخصيصة الجوهرية التى لا غناء عنها فى كل أحوال الضريبة وكائناً ما كان النشاط الذى تسرى عليه ، فهى أن يكون المبلغ الناتج من هذا النشاط ربحاً .

ومتى كان المبلغ الناتج للإنسان من سلوكه مجرداً من وصف الربح ، فلا شأن للضريبة به ، إذ لابد لاستحقاقها من وجود ربح .

ولم يكن القانون فى حاجة إلى إعفاء الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب من الضريبة على المبالغ التى تعود عليها من نشاطها العلمى أو الاجتماعى أو الرياضى ، لأن هذه المبالغ ، وإن كانت فائضاً ، لا تعد أرباحاً ، وبالتالى لم تكن تصلح أصلا كوعاء للضريبة ، وكان طبيعياً أن تخرج من متناول الضريبة لهذا السبب ، دون ضرورة لنص صريح فى معنى إعفائها .

ذلك هو معنى الشرط الأول فى المبلغ الخاضع للضريبة وهو أن يكون ربحاً .

ولقد آن لنا بعد ما تقدم ، أن نبين لماذا لا يتوافر هذا الشرط فيما يعود على أستاذ الجامعة من مبلغ ، نتيجة بحثه العلمى فى فرع تخصصه وتسجيله لنتائج هذا البحث وطبعها ونشرها على الطلاب .

ونرى أن وصف الربح ، لا يمكن أن يصدق على ذلك المبلغ لسببين :

السبب الأول : أن أستاذ الجامعة يستهدف بعمله طلاب علمه ولا شأن له بعموم الجمهور .

والسبب الثانى : أن التنقيب عن الحقيقة العلمية لكشف النقاب عنها وفهمها ثم إفهامها ، يتميز كعمل بأنه أشق أنواع الأعمال ، والبون شاسع بين الكشف عن الحقيقة وتسجيلها ، وهذا شىء ، وبين التطبيق العملى استثماراً لها بعد اكتشافها ، وهذا شىء آخر .

فمن جهة يختلف أستاذ الجامعة عن غيره من مؤلفين ، فى أنه يتبع الأسلوب العلمى فى البحث . وهذا الأسلوب يتميز بالتجرد من أية فكرة مكونة مقدماً ومن أى إحساس شخصى قد يكون واهماً فى كله أو جزء منه ، وبالبحث عن الحقيقة والتقاطها كما هى وتصويرها دون إدخال أى تعديل على صورتها .

وحقائق الكون سواء فيما يتعلق منها بالمادة أو بالإنسان ، مجاهل كان الأسلاف ولا يزال الأخلاف يخوضون غمارها ، وستظل إلى الأبد كما كانت منذ الأزل محل بحث وتنقيب من جانب العقول البشرية القاصرة ، ولا يفعل الباحثون سوى الوقوف على قبس من نور الحقيقة فى أى مجال من مجالاتها ، ثم يأتى اللاحقون ليواصلوا عمل السابقين ويضيفوا إلى حصيلته مزيداً ؛ ومع ذلك تظل الحقيقة على الدوام عملاقاً لا يقوى على مطاولته أقزام البشر .

على أن أستاذ الجامعة كباحث عن الحقيقة فى مكتبة أو فى معمل ، لا يسجل نتائج بحثه وينشرها بقصد الربح ،وإنما لتلقين الطلاب هذه النتائج .

فهو يختلف عن مؤلف روائى يعرض روايته على الجمهور قاطبة .

وحين يطبع الأستاذ نتائج بحثه فى المنهج العلمى المعهود إليه بتدريسه ، إنما يفعل ذلك لطلابه الواجب أن يجتازوا الامتحان فى هذا المنهج ، وليست

له مادياً ونفسانياً أية وجهة غيرهم ، ولو حدث أن وقع كتابه عرضاً فى يد سواهم .

يؤكد ذلك أن الأستاذ يراعى دائماً فى طبع كتابه الجامعى ألا تزيد نسخه عن قدر معين ، حتى يتمكن من إعادة الطبع بعد ذلك لإضافة ماجد على مكتشفات الحقيقة العلمية من مزيد ، ومتابعة ما يطرأ فى مجال التخصص من تطور مستمر لا ينقطع ، سواء فى النطاق الوطنى أو فى النطاق الدولى .

ولهذا ، فإن عدد النسخ لا يمكن أن يقل عن ألف فى كل مرة ، ولا يتجاوز عادة الألف . فالألف كرقم حد أدنى وأقصى فى الوقت ذاته . أما أن هذا الرقم حد أدنى ، فلأن طبع أقل من هذا العدد معناه أن تزيد التكاليف إلى درجة لا قبل للطالب بتحملها بدلا من أن تتوزع على نحو يدخل فى مقدور كل طالب . وأما أن ذلك الرقم حد أقصى كذلك ، فلأن تجاوز الألف نسخة يقف عقبة فى سبيل سرعة تصريف الكتاب ويحول دون ملاحقة التطور السريع والمستمر فى مادة التخصص بتسجيل هذا التطور فى طبعة جديدة .

فإذا كان أى مؤلف يكتب لجمهور الناس أجمعين وبدون تميز ، وإذا كان هذا أيضاً شأن الممثل والموسيقار والمغنى الخ .. ، فإن أستاذ الجامعة لا يكتب إلا لطلابه ولخدمة الحقيقة العلمية فى مجالها الجامعى ، وبالتالى فلا محل لأن ينسب اليه استهداف الربح .

هذا هو السبب الأول فى نفى صفة الربح عن المبلغ الذى يعود على أستاذ الجامعة من كتابه الجامعى .

ومن جهة أخرى — وهذا هوالسبب الثانى — ليس البحث العلمى الذى يقوم به أستاذ الجامعة ويسجل نتائجه فى كتابه من قبيل الأعمال القابلة لأن تقدر بالمال .

فهو ينقب فى الكتب بمختلف اللغات ، ويحكم على نفسه بحبس طويل الأجل فى مكتبة أو فى معمل ، ولا يجد من الوقت أحياناً ، وعليه فوق إلقاء الدروس إعدادها ، ما يتيح له حتى المتعة بالشمس والهواء ، ويضطر إلى ملاحقة كل كتاب أو خبر يظهر فى العالم كله فى فرع التخصص ، ويستجمع أفكاره ثم يصبها على الورق بالأسلوب المناسب الذى يكفل بعد فهم الحقيقة أن يفهمها الطلاب أيضاً ، ثم يصحح ملازم الطباعة من الأخطاء المطبعية المادية التى تشيع وتتكرر فى أكثر من تجربة للصحيفة الواحدة وإلى حد ينفد معه صبر كل صبور ، وهذه كلها مشقات بصرية وذهنية وتعبيرية وعصبية يشيب من هولها الولدان ولا يحس بها إلا من هو واقع تحت نيرها ويحترق بنارها .

ذلك شأن أستاذ الجامعة كمسؤول عن أمانة البحث العلمى .

بل إن الإقدام على تجديد طبع النتائج العلمية للبحث بعد مراجعتها وإعادة النظر فيها وتعديلها إن كان للتعديل موجب أو تصويبها إن كان للتصويب محل ، وإضافة ما جد بعدها من جديد ، ثم معاودة الكرة فى تصحيح ملازم طباعتها ، تجربة مريرة ، يحس الأستاذ وهو مقبل نحوها بعد اكتوائه بنار سابقتها ، كما لو كان مسوقاً إلى التهلكة .

ومن أجل هذا ، فإن كثيراً من أساتذة الجامعة يفرغ بعد لأى من وضع مؤلفه فى فرع تخصصه ثم لا يأنس فى نفسه القدرة على إعادة طبع هذا المؤلف مرة أخرى ، لأن المهمة نالت من طاقته إلى حد أقعده عن موالاتها والاستمرار فيها .

وحتى لو صحت نية الأستاذ على أن يستريح ، لا يجد إلى الراحة سبيلا أمام السيل الجارف المتجدد كل عام من الطلاب الذى يفدون إلى الجامعة كى يتلقنوا فيها فرع التخصص .

وإذا كان هذا هو شأن الكفاح فى سبيل كشف الحقيقة وفهمها والعمل

على إفهامها ، فإنه ليس الحال كذلك على العكس فى التطبيق العملى استثماراً للحقيقة بعد اكتشافها .

ذلك لأنه شتان بين اكتشاف الحقائق الطبية مثلا ، وبين الاستنارة بها فى علاج مريض . ومن ثم فشتان بين أستاذ الطب كباحث علمى وبينه كطبيب معالج .

كما أن اكتشاف حقائق القانون شىء ، ومجرد الاستعانة بها فى حل أقضية الناس على ضوئها شىء آخر . وبالتالى فشتان بين أستاذ القانون كباحث علمى وبينه كمحام .

واكتشاف قوانين الطبيعة الكونية والوقوف على حقائق الأشياء ثم التعبير عن كل ذلك وتبصير الطلاب به شىء ، ومجرد الاسترشاد بتلك القوانين وهذه الحقائق فى التخطيط لعمل هندسى أو صناعى شىء آخر . وبالتالى فشتان بين أستاذ الهندسة أو العلوم كباحث علمى وبينه كمهندس يطبق فى بساطة وسهولة معارف تم التوصل إليها .

ومع التسليم بأن استثمار الحقيقة فى التطبيق العملى هوالآخر عمل فكرى ، فإن الكفاح فى سبيل فهمها أولا ثم إفهامها عمل فكرى أشق .

ذلك لأنه إذا كان الأول مجرد استخدام لطاقة المخ وحاسة البصر وقوة الصحة ، فإن الثانى ليس مجرد استخدام لهذه النعم وإنما هو فى الحقيقة استهلاك لها .

فالمحاماة والطب والهندسة أعمال فكرية تعد مجرد استخدام للطاقات الذهنية ، وأما وضع مؤلف علمى للكشف عن حقائق القانون أو الطب أو الهندسة وتسخير القوة التعبيرية للوصول بهذه الحقائق إلى أفهام الطلاب ، فيعد استهلاكاً لتلك الطاقات لا مجرد استخدام لها .

وبينما استخدام الطاقات الذهنية فى الأعمال الفكرية ينال هو الآخر من الصحة البدنية للإنسان ، فإن استهلاكه لهذه الصحة يتم ببطء وتدرج وعلى المدى الطويل ، وأما استهلاك الطاقة الذهنية والبصرية والعصبية فى البحث العلمى وأهواله ، فإنه استهلاك سريع للصحة البدنية فورى الآثار عليها دون إمهال ، ولذا يهابه ويخشى أن يقربه حتى الفتى مفتول الساعدين .

وإذا كانت الأعمال الفكرية كالمحاماة والطب والهندسة ، تؤول للجمهور عموماً دون تمييز ، وتدر لهذا السبب ربحاً ، فإن المبلغ الذى يعود على العكس من البحث العلمى لأستاذ الجامعة ومن نشر نتائج هذا البحث على الطلاب تسجيلا لها ووصولا بها إلى أفهامهم ، لا يمكن أن ينطبق عليه وصف الربح ، لأنه ناتج من عمل محصور فى الطلاب ومقصور عليهم ومتخذ منهم الوجهة والمقصد .

فإذا لم يكن ذلك المبلغ ربحاً ، فماذا يكون وصفه إذن ؟

إن الوصف الوحيد الذى يتلاءم مع طبيعة ذلك المبلغ ، هو أنه «مقابل استهلاك » ، يعد ترضية رمزية غير مجزية لا مادياً ولا نفسياً ، ويراد به التشجيع على المضى فى استهلاك طاقات المخ والبصر والصحة ، وقد لا يشجع وكثيراً ما لا يشجع على ذلك .

فما هى قيمة هذا المبلغ على أحسن الفروض ؟

إن رقمه عملا لا يتجاوز مثل ما يحصل عليه أى موظف عمومى من أجر شهرى لقاء عمل إضافى يؤديه بدون عناء يذكر ، فوق عمله الأصلى .

فهو من الناحية المادية مبلغ هزيل لا يكفى للوفاء بحاجات الأستاذ ومطالبه الخاصة ولا يساوى شيئاً أمام الجهد المضنى القاتل الذى أدى اليه . ويراعى فيه أصلا عدم الإثقال على الطلاب . وليس سوى الحد الحيوى الأدنى اللازم فى سبيل المثابرة على عمل لا سبيل إلى الاستمرار عليه دون إسهام ومؤازرة المستفيدين منه .

فكما أن ملجأ العجزة لا يقوى على إيوائهم وتغذيتهم دون إسهام منهم فى تكاليف ذلك ، فإن أستاذ الجامعة لا قبل له بالبحث العلمى وتسجيل نتائجه وتلقينها للطلاب دون إسهام من هؤلاء فى أعباء هذه المهمة وتكاليفها .

وكما أن تحقق فائض لملجأ العجزة من وراء إيوائه هؤلاء وتغذيتهم لا يعتبر ربحاً لأن فيه تدعيما لكيان الملجأ ومعاونة له على المضى فى أداء رسالته ، فكذلك الفائض الذى يعود على أستاذ الجامعة من توزيع كتابه على طلابه ، لا يعد ربحاً ، ولا يمكن أن يكون أثره — على أحسن تقدير — سوى الإمساك بقدرات الأستاذ من أن تنهار ، وتمكينه من الإقدام على مزيد من استهلاك هذه القدرات ، وقد لا يقدم مع ذلك على هذا المزيد .

فالمبلغ مقابل استهلاك . وهو مقابل رمزى لا يعادل الاستهلاك الحقيقى غير القابل لأن يقيم بمال .

ومن البديهى أن مقابل الاستهلاك لا يمكن أن يتناسب معه وصف الربح .

فإذا جاءت مصلحة الضرائب كى تخضع حتى مقابل الاستهلاك للضريبة كان معنى ذلك اقتضاء ضريبة مما لا يعتبر ربحاً ، وهذا يخالف القانون ، وصار من الطبيعى عندئذ انهيار العمل الذى يؤدى به الأستاذ رسالته العلمية ، لأنه فوق البحث العلمى وهو فى ذاته هدام ، تضيف الضريبة معول هدم آخر يزعزع البقية الباقية من المساند الممسكة بهذا البحث عن التداعى ، فيهوى ويسقط .

عن الشرط الثانى

قلنا إن الشرط الأول فى استحقاق الضريبة على المهن غير التجارية ، هو وجود الربح . وبينا أن مجرد نتاج مبلغ نقدى من سلوك ما ، لا يدل فى ذاته على أن هذا المبلغ ربح . فقد يكون هذا المبلغ مقابلا رمزياً

لاستهلاك قدرات من شأنها لو تركت دون مساندة أن تنهار وتسقط ، كما هو الحال فى المبلغ الذى يعود على أستاذ الجامعة من كتابه العلمى . ثم إن وصف مبلغ بالربح لابد له من طوية نفسية معينة لدى من حصل على هذا المبلغ ، وهى انتواء الربح واستهدافه ، ولا وجود لنية أو هدف من هذا القبيل لدى أستاذ يبحث عن الحقيقة العلمية لفهمها وإفهامها لطلابه وامتحانهم فى الإلمام بها .

على أن هناك شرطاً ثانياً لاستحقاق الضريبة تطلبه القانون هو الآخر صراحة كما قلنا ، وهذا الشرط هو أنيكون الربح ناتجاً من عمل يمارسه صاحبه بصفة مستقلة .

فقد حددت المادة ٧٢ المذكورة وعاء الضريبة بقولها إن الضريبة تفرض على «أرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التى يمارسها المولون **بصفة مستقلة** ويكون العنصر الأساسى فيها العمل» .

ومن البديهى أن الصفة المستقلة فى سلوك ما ، معناها أن يكون صاحب هذا السلوك حراً فى الإقدام عليه أو الإحجام عنه كلما شاء ذلك .

وتأليف الأستاذ الجامعى لكتابه العلمى فى مادة تخصصه ، كى يعوّل الطلاب على ذلك الكتاب فى إلمامهم بهذه المادة ، سلوك لا تتوافر به الصفة المستقلة ، لأنه من التوابع اللازمة لوظيفة عامة هى وظيفة البحث العلمى والتدريس فى الجامعة ، ولا يملك الأستاذ الإقدام على هذا السلوك حين يشاء ، والإحجام عنه حين يشاء ، وإنما هو مرغم عليه إرغاماً لا يملك فكاكاً منه مادام يؤدى وظيفته كأستاذ فى الجامعة .

ووجه الإرغام فى تأليف ونشر الكتاب الجامعى ، يجعل من هذا العمل سلوكاً تبعياً لوظيفة ، ومن ثم لا يخضع هذا السلوك للضريبة ، لأنها حسب الإرادة الصريحة للقانون ، إنما تنصب على سلوك يباشره صاحبه «بصفة مستقلة» ، أى يكون حراً فى اتخاذه أو فى التوقف عنه .

وأما الإرغام فى تأليف وطبع الأستاذ الجامعى لكتاب فى مادة التخصص ، فأمر تقضى به من ناحية طبيعة الأمور فى ذاتها ، ومن ناحية أخرى النصوص الصريحة لقوانين التعليم الجامعى .

فالمسؤول عن البحث العلمى فى أى مجال من مجالات الحقيقة الكونية مادية كانت أم إنسانية ، هو أستاذ الجامعة المختص الأصيل بهذا المجال والمكلف من الدولة والشعب والقانون بالانقطاع له والكشف عن مزيد من خفاياه .

وهو إذ يتولى البحث فى مجال تخصصه ، ويصل فى هذا البحث إلى نتائج ، لا يملك التستر على هذه النتائج وكتمانها فى سريرته ، وإنما هو مطالب بإعلانها .

ولا يكفى فى إعلان نتائج البحث ، أن يلقى بها الأستاذ شفوياً فى محاضرات ، لأن الكلمة الشفوية طائرة بينما الكلمة المكتوبة ثابتة
verba volant scripta manent.

فلابد فى إعلان النتائج من كتابتها ، لاسيما والكتابة معوان على مزيد من التأمل العميق والتدقيق فى الصياغة وبلورة الفكرة وضبط معالمها قبل الإفصاح عنها والتوفيق فى العثور على الوسيلة اللفظية المناسبة لنقلها على حقيقتها إلى إدراك الآخرين .

هذا هو وجه تفضيل الكتابة على المشافهة .

ولو وقفت الأمور عند حد المشافهة ، لضج الطلاب بالشكوى من عدم القدرة على التسجيل فى الورق ، ولطالبوا بالإملاء ، ولتحولت قاعات الجامعة إلى حصص للاملاء ثم للاستفسار عن معنى ما أملى ، ولسار تلقين العلم بطيئاً بطء السلحفاة ، بينما عصر السرعة والنور يوجب سواء على الأساتذة أم على الطلبة ، أن يقطعوا فى الوقوف على الحقائق العلمية مسافات وأشواطاً .

وكيف يتأتى لنا فى الجامعات العصرية المتمدينة أن نتصور أستاذاً بغير كتاب ؟ .

وكيف يقف الخلف فى البحث العلمى على أعمال السلف فيه ، إذا كانت هذه الأعمال مدونة بالحبر فى كراسات ؟ .

ولماذا نشأت الطباعة ؟ ألم تنشأ لضرورة عملية هى إثبات الأفكار على نحو يصونها من التبدد والزوال ؟ ألم تنشأ كى تريح كذلك طالبى المعرفة من إرهاق أيديهم بالكتابة اكتفاء بأن واحداً فقط قد أرهق يديه قبلهم وبدلا منهم وفى سبيلهم وهو الذى أخذ على عاتقه فهم الحقيقة ثم تدوينها فى سبيل إثباتها والإفصاح عنها ونقلها إلى مدارك الغير؟ .

إنه انفرد بإرهاق فكره ويديه ووفر على الآخرين ، على الأقل ، أن يرهقوا هم الآخرون أيديهم فى الكتابة .

ليس لكم بعد ذلك ، إن أنصفتم أيها الناس ، أن تقولوا إن أستاذ الجامعة إنما يكتب أفكاره ويطبع كتابه للاتجار بعلمه .

فهو إنما يفعل ذلك إثباتاً وتسجيلا لعلمه وتمكيناً لطلابه فى الجامعة من أن يتلقنوا هذا العلم . ويفعل ذلك مرغماً بطبيعة الأمور ذاتها فى أداء وظيفة البحث العلمى والتدريس . وهو دون سواه المختص الأصيل بالبحث عن الحقيقة العلمية فى سبيل الكشف عنها وإدخالها مدارك الطلاب . فهل يعقل بعدئذ القول بأن التجاءه إلى طباعة نتائج بحثه لطلابه يدل فى ذاته على تغيي الربح واستهداف الكسب ؟ .

ثم إن وجه الإرغام فى طبع الأستاذ الجامعى لكتابه ونشره هذا الكتاب على طلابه الجامعيين ، لا يرجع إلى طبيعة الأمور فحسب أى إلى الطبيعة الذاتية لوظيفة البحث والتدريس ، وإنما هو مستخلص كذلك — كما قدمنا — من النصوص الصريحة لقوانين التعليم الجامعى .

فالمادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٩١١ لسنة ١٩٥٩ نصت على أن مجلس الجامعة يؤلف من بين أعضائه ومن غيرهم من أعضاء هيئة التدريس لجاناً فنية لبحث الموضوعات التي تدخل في اختصاصه ، ومن تلك اللجان لجنة التأليف والترجمة والنشر والمكتبات الجامعية . ثم نصت المادة ٢٣ من اللائحة على اختصاص هذه اللجنة فجعلت من هذا الاختصاص وضع النظم التي تكفل **تأليف الكتب الجامعية ونشرها وتداولها** وتشجيع أعضاء هيئة التدريس على تأليف الكتب والمراجع ، **وتيسير حصول الطلاب عليها** .

فالصفة الاضطرارية في سلوك أستاذ الجامعة إذ يطبع كتابه العلمي الجامعي في مادة تخصصه وينشر هذا الكتاب على طلابه الجامعيين في تلك المادة ، صفة لصيقة بطبيعة وظيفة البحث والتدريس وراجعة في الوقت ذاته إلى القوانين الحاكمة للتدريس الجامعي .

فالاضطرار إلى ذلك السلوك ، يمليه كل من الواقع والقانون .

ولا يمكن وصفة الاضطرار قائمة في سلوك ما ، أن يقال بأن هذا السلوك متخذ صفة مستقلة .

وقد اشترط القانون في إخضاع السلوك للضريبة ، أن يباشره صاحبه بصفة مستقلة ، أي بصفة اختيارية لا اضطرار فيها ولا إرغام .

وقد يقال إن تأليف ونشر الكتاب الجامعي ، إن كان لا يعد سلوكاً ذا صفة مستقلة لأن له صفة تبعية لوظيفة عامة جامعية ، لا يخضع لضريبة المهن غير التجارية ، وإنما للضريبة على كسب العمل لاسيما والضريبة الأخيرة تسرى على من يتقاضون مبالغ وهم في علاقة من التبعية لجهة ما .

غير أنه من الواضح أن علاقة التبعية ليست الخصيصة الوحيدة في وعاء الضريبة على كسب العمل ، وإنما يلزم في هذا الوعاء بصريح نص المادة ٦١

من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن يكون من المرتبات وما في حكمها والماهيات والمكافآت والأجور والمعاشات والإيرادات المرتبة لمدى الحياة .

وبديهي أن المبلغ الذى يعود على أستاذ الجامعة من تأليف وطبع وتوزيع كتابه العلمي في المادة على طلاب المادة ، أي الناتج من البحث العلمي وكتابة نتائجه وتصحيح ملازم طباعتها ، ليس مرتباً ولا ماهية ولا مكافأة ولا أجراً ، لأن كل هذه المصطلحات تعني مبالغ نقدية يراعى في كل منها التكافؤ المادى مع ما يقابلها ، وأما المبلغ العائد من البحث العلمي ونشر نتائجه فلا يتحقق بينه وبين السلوك الذى أدى إليه أى تكافؤ مادى ، ولذا وصفناه بأنه محض مقابل غير مجزى لاستهلاك طاقة المخ وحاسة البصر ، وليس فيه من معنى المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر المادى أى نصيب . فالسلوك الذى أفضى اليه أسمى من أن يقيمه أى مال ، كما أنه ، كمبلغ نقدى ، ليس سوى ترضية للنفس نظير استمرارها على إرهاق طاقة المخ وحاسة البصر ، وقد لا تقنع النفس بهذه الترضية .

والمفهوم دائماً في مقابل الاستهلاك أنه تعويض عن خسارة ، وهو هنا تعويض غير متكافىء . والتعويض ليس تحقيقاً لمغنم ، حتى ولو كان تعويضاً كاملا ، وإنما هو مقابل لغرم .

وكما لا يمكن أن يتوافر في التعويض معنى الربح ، لا يمكن أن يتوافر فيه معنى المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر ، لأن كل هذه مقابل مادى لخدمة قابلة للتقييم مادياً .

وسواء سمينا المبلغ العائد على أستاذ الجامعة من كتابه العلمي ، مقابل استهلاك لطاقات هذا الأستاذ أو تعويضاً هزيلا عن إرهاق هذه الطاقات ، فانه مهما كانت تسميته ، يعد تغطية لمغرم لا تحقيقاً لمغنم أو ربح ، وبهذه المثابة لا يخضع للضريبة على الأرباح غير التجارية ، كما أنه لا يعد مرتباً أو ماهية أو مكافأة أو أجراً أو إيراداً مرتباً لمدى الحياة ، حتى يخضع للضريبة على كسب العمل ، لأن هذه كلها مصطلحات تدل على صور من المقابل

المجزى لعمل والمتكافىء مادياً مع قيمة هذا العمل ، ومن ثم لا يمكن أن يدخل فى نطاقها ويندرج تحتها ما هو تعويض رمزى عن مغرم خطير .

* * *

مما سلف يبين أن العائد النقدى من الكتاب الجامعى على الأستاذ الذى ألف هذا الكتاب ، لا يصلح وعاء لضريبة الأرباح غير التجارية ، لأن تأليف ذلك الكتاب ليس سلوكاً متخذاً «بصفة مستقلة» من قبيل ما تسرى عليه هذه الضريبة ، فضلا عن أن ذلك العائد ليس ربحاً ، ووعاء هذه الضريبة هو الربح دون سواه .

وقد يقال إن المادة ٧٢ من القانون حين نصت على أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل مهنةأو نشاط لايخضع لضريبة أخرى ، مؤداها أن العائد من الكتاب الجامعى إذ لا يخضع لضريبة ما ، تسرى عليه ضريبة المهن غير التجارية .

ولكن هذا القول الذى ذاع ترديده وشاع ، يرجع إلى سوء فهم لنص المادة .

فقد قدمنا أن القانون حين عمم ضريبة المهن غير التجارية على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، لم يقصد بهذا التعميم الإخلال بشروط استحقاق الضريبة فى ذاتها ولا الخروج عن الوعاء الذى حدده لتستقر عليه .

فهذه الضريبة التى جاء فى العبارة العامة للقانون أنها تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، تظل دائماً محتفظة بمدلولها وبشروط استحقاقها ، أى يلزم دائماً فى النشاط الذى تسرى عليه لعدم خضوعه لضريبة غيرها ، أن يكون هذا النشاط منتجاً لربح من ناحية ، وأن يمارس بصفة مستقلة من ناحية أخرى .

وكل ما قصد بذلك التعميم ، هو كما قدمنا ، التحوط فى الصياغة بحيث تكون محكمة وشاملة كل وجوه النشاط الذىينتج ربحاً ويمارس بصفة مستقلة ،

لأنه من المتعذر على القانون أن يقيم حصراً شاملا لكل صورهذا النشاط ، وخصوصاً لأنه يقوم بصفة أساسية على العمل وحده ، فلكى يكون حصره جامعاً مانعاً قيل إنه كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى من قبيل ما يسرى على استثمار رأس مال أو على الموظفين أو المستخدمين .

فلا غناء عن شرط الربح ، كما أنه لا غناء عن شرط الصفة المستقلة فى السلوك المنتج للربح ، لأنه إذا ارتبط هذا السلوك بعلاقة تبعية ، خضع لضريبة كسب العمل إن أنتج ما هو من قبيل المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر أو الإيراد المرتب لمدى الحياة .

وحين يتخلف قصد الربح فى عمل ما ، لا يمكن أن يصدق على مثل هذا العمل وصف النشاط الذى يخضع للضريبة حين لا تكون ضريبة أخرى قد سرت عليه ، لأن المقصود بالنشاط فى هذا الصدد ، السلوك الإختيارى الحر الذى يهدف به صاحبه إلى الربح .

* * *

على أنه يلزم فى سبيل مزيد من الإيضاح ، تحديد النطاق الذى لا تسرى فيه الضريبة على أستاذ الجامعة ، لعدم توافر الربح فيه من ناحية ، ولعدم توافر الصفة المستقلة لسلوك الأستاذ فيه من ناحية أخرى .

هذا النطاق خاص بالكتاب العلمى وحده ، أو الكتاب الجامعى ، أى الكتاب الذى يتفق مع حدود المنهج المعهود إلى الأستاذ رسمياً بتدريسه .

وليس من العسير الوقوف على هذا المنهج .

فلكل كلية جامعية أقسام علمية متخصصة .

وتنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ على أنه يختص القسم بجميع الأعمال العلمية والدراسية والإجتماعية فيه . ويحدد مجلس القسم البرامج والمقررات الدراسية ويوزع الدروس والمحاضرات والتمارين

والأعمال التدريبية على أعضاء هيئة التدريس والمعيدين وسائر المشتغلين بالتدريس ، وينظم وينسق البحوث العلمية وأعمال هيئة التدريس .

فالبرامج العلمية الرسمية واضحة محددة الأبواب والفصول .

ويكفى أن يكون كتاب الأستاذ كشفاً للحقيقة العلمية فى الحالات المحددة بالبرنامج الرسمى المعهود إليه بتدريسه ، لأن التنقيب عن هذه الحقيقة ونشر نتائج هذا التنقيب هو المجهود المرهق الممض الذى قصد القانون إنقاذه من الضريبة حماية له ، ولأنه العمل الذى لا يمارس بصفة مستقلة وإنما بصفة تبعية لوظيفة البحث العلمى والتدريس وباعتباره من اللوازم الحتمية لأداء هذه الوظيفة ، ولأنه أولا وأخيراً العمل الذى لا ينشد به صاحبه الربح لأنه فى خدمة الحقيقة العلمية وطلاب العلم فى الجامعة .

أما حين ينشر الأستاذ كتاباً فى غير المنهج العلمى الرسمى المعهود به إليه ، أو دون أن يكون هادفاً إلى الكشف عن الحقيقة العلمية موضوع هذا المنهج ، فانه يعد عندئذ قد اتخذ سلوكاً ذا صفة مستقلة لا شأن له بعبء وظيفته الأصلى ، وتقوم قرينة على أن هذا السلوك يهدف إلى الربح ، وبالتالى يجوز إخضاعه لضريبة أرباح المهن غير التجارية .

ومن اليسير أن يكتشف خروج الأستاذ عن المنهج المعهود به رسمياً إليه . ولكن كيف يلتزم حدود هذا المنهج ، ومع ذلك لا يعد سلوكه هادفاً إلى الكشف عن الحقيقة العلمية المراد بالمنهج استظهارها ؟ .

من الممكن تصور مثال لذلك ، وليكن هذا المثال فى مجال علم القانون .

فمن البديهى أن العلم بالشىء هو إدراك حقيقة الشىء .

وكل علم ينبرى لشىء فى سبيل إدراك حقيقته .

وللقانون علم كسائر العلوم .

والشيء الذى ينبرى علم القانون لإدراك حقيقته هو نصوص القانون .

وليس من الهين إدراك حقيقة هذه النصوص . فلا تكفى لذلك محض القراءة السريعة السطحية ولا محض الالتجاء إلى الأحكام القضائية الصادرة بالتطبيق للنصوص ذاتها ، لأن هذه الأحكام كثيراً ما تخطىء فى فهم حقيقة النصوص المطبقة .

وأستاذ القانون فى الجامعة عليه هو فى المقام الأول أن يقرأ ويتأمل وينقب ويبحث ولا يقف عند السطور بل يغوص إلى ما يوجد وراءها ، ويتابع ماضى النصوص وحاضرها ومستقبلها ، وحين يجد التفسير القضائى غير سديد يقول «أخطأ القضاء» ، وحين تعوزه كافة السبل الكفيلة بتفادى إرادة شاذة من جانب القانون ، يقول «أخطأ القانون» .

وقلما يخطىء القانون لو حملت عباراته على معناها المنطقى دون التزام لمعناها الحرفى . ومتى جاءت الحلول القانونية شاذة ، فيغلب أن يكون الشذوذ فى مفسرى القانون لا فى القانون ذاته .

فما دام القانون علماً كسائر العلوم ، فانه يتعين حتى فى مجاله ، التمييز بين الشيء وبين حقيقته، بين موضوع البحث وبين البحث ذاته، فالنصوص هى الشيء أو موضوع البحث ، والمراد من أستاذ القانون إدراك حقيقة ذلك الشيء أى البحث فى هذا الموضوع للتوصل إلى كافة جوانبه وأغواره وأبعاده ، وبالجملة ، لمعرفة حقيقته .

فاذا اقتصر أستاذ القانون على طبع ونشر كتاب يسرد النصوص مجرد سرد ، أو يجمع شتاتها ، أو يردفها بتجميع لأحكام القضاء فى تطبيقها ، لا يعد بهذا الكتاب قد نهض ببحث علمى للكشف عن حقيقة النصوص غوصاً فى أعماقها تأصيلا وتحليلا ، ولا يكون سلوكه على هذا الوجه متخذاً بصفة تبعية لوظيفة البحث والتدريس ، كما لا يكون لازماً حتمياً من لوازمها ، وإنما يكون ذا صفة مستقلة لا شأن لها بهذه الوظيفة ، ويجوز

بالتبعية خضوعه لضريبة المهن غير التجارية ، متى استهدف ربحاً وتحقق منه ربح ، وتقوم به مبدئياً قرينة على استهداف الربح .

ومفاد ما تقدم ، أنه حين يكون كتاب أستاذ الجامعة علمياً جامعياً ، أى كاشفاً عن الحقيقة العلمية فى موضوعات المنهج المعهود به رسمياً إليه ، وكان معيار محاسبة الطلاب عن الإلمام بهذه الحقيقة فى الامتحان الرسمى ، فان المبلغ النقدى العائد منه لا يمكن أن يوصف بالربح ، كما لا يمكن اعتبار السلوك المفضى إليه متخذاً بصفة مستقلة ما دام لازماً حتمياً من لوازم البحث والتدريس ، وبالتالى يكون هذا الكتاب بمنجاة من الضريبة على المهن غير التجارية ، لعدم انطباق شروط هذه الضريبة عليه .

عن المؤلفين من غير أعضاء هيئة التدريس

إذا كان التأليف فى ذاته عملا شاقاً ، فإن التأليف العلمى تفوق مشقته كل وصف . ذلك لأن كتابة رواية يجود بها الخيال الخصب أمر هين لا يمكن أن يقارن بكتابة مؤلف علمى . ...

فالمؤلف العلمى يستلزم قراءات وأبحاثاً وتجارب سابقة لا يتحتم مثلها أو لا يلزم بذات الكمية والتشعب والتعدد ، فى وضع المؤلفات الأخرى .

كما أن إدراك الحقيقة العلمية فى غاية المشقة والإعجاز ، حتى أن المؤلف العلمى لابد من مراجعته باستمرار لاحتمال التعديل فيه أو الإضافة إليه .

وفوق ذلك فان أى موضوع من موضوعات التبويب العلمى فى الجامعة متشعب مركب متعدد النواحى إلى درجة لا وجود لمثيلها حين لا يكون موضوع الكتابة تسجيلا للحقيقة العلمية فى مجال ما من مجالاتها .

والمؤلف غير العلمى ، إنما يضعه صاحبه للجمهور العام من الناس وهو على كثرة عددية ضخمة ، وبالتالى تعد النقود الناتجة من توزيع هذا المؤلف ربحاً بالمعنى الصحيح يخضع للضريبة .

وحتى إذا قنع صاحب هذا المؤلف بمبلغ حصل عليه من جهة استخدمته لهدف معين بالذات هو أن يكتب مؤلفه ، فإن هذا المبلغ هو الآخر يخضع لضريبة كسب العمل بوصفه مكافأة أو أجراً ، لوجود التكافؤ فى هذه الحالة بين العمل وبين مقابله ، فى حين أن التأليف العلمى كما قدمنا ، ولا يختص به أصالة سوى عضو هيئة التدريس بالجامعة شاق إلى حد يفوق الوصف وإلى درجة أن يصبح العائد النقدى منه مقابل استهلاك لا أجر استخدام ، يمسك بالنفس عن الإنهيار ويشجعها — فيما لو قبلت تشجيعه — فى سبيل المثابرة على الاستهلاك ذاته .

ثم إن التأليف للتدريس ، يختلف عن أى تأليف عادى ، من ناحية أن المؤلف العادى يكاد يتفرغ لتأليفه بدون شواغل أخرى ذات بال ، بينما المؤلف الذى يضع مؤلفه لطلاب الجامعة فى سبيل تلقينهم الحقيقة العلمية ، يستهلك فوق طاقة المخ وحاسة البصر ، حنجرته كذلك ، ليلقى درسه فى القاعة ويدخل فى صراع مع الغباء ليفتح مغاليق الأذهان ، فيبح صوته ويتصبب وجهه عرقاً على مدار الأيام والأسابيع والسنين ، ويمتحن الطلاب كذلك فى دور أو أكثر من دور ، ويصحح إن أمكن أوراق الإجابة على الامتحان ، ويمتد التصحيح وتوابعه من أعمال الامتحان إلى امتصاص معظم العطلة الصيفية فيقبل العام الجديد ، ولا يزال الأستاذ يلهث من فرط ركضه فى العام السابق فماذا يراد من أساتذة الجامعات ؟

أيطلب إليهم الإستشهاد وهم على حالهم شهداء ؟

عن الجماعات التى لا ترمى الى الكسب

رأينا أن المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، بعد أن فرضت الضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، وبعد أن حددت وعاء هذه الضريبة وبينت من يخضع لها من الناس ، نصت على أنه «يعفى من أدائها الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب وذلك فى حدود نشاطها الإجتماعى أو العلمى أو الرياضى وكذلك المعاهد التعليمية» .

والمفروض أن هذه الجماعات المعفاة ، يعود عليها من نشاطها عائد نقدى أو إن شئت فقل فائض ، أو مبلغ باق بدون إنفاق ، ومع ذلك يقرر القانون إعفاء هذا المبلغ من الضريبة .

ولم يكن القانون بحاجة إلى تقرير هذا الإعفاء .

فقد كان مفهوماً ضمناً دون حاجة إلى ذكر صريح .

ذلك لأن المبلغ العائد على تلك الجماعات ، مادامت لا ترمى إلى الكسب ، لا يعتبر ، رغم أنه عائد أو فائض ، من قبيل الربح ، وبالتالى لا تستحق عنه ضريبة ، لأن شرط استحقاق الضريبة توافر ما يعتبر ربحاً .

وهذا الذى كان يمكن أن يفهم ضمنا دون ذكر صريح ، يصدق على أى سلوك لا يرمى إلى الكسب ، سواء أكان هذا السلوك منسوباً إلى إنسان فرد ، أو إلى هيئة من الأفراد .

ومع ذلك فقد ذهبت الآراء مذاهب غريبة فى تفسير تلك العبارة التى أوردها القانون وكان فى غير حاجة إلى إيرادها .

فقيل مثلا ، وقد ذاع هذا القول وشاع ، إن الجماعات المعفاة ، جمعيات أى هيئات من الأفراد ، وما دام أستاذ الجامعة فرداً لا هيئة ، إنساناً وحيداً لا جمعية من الناس ، فلا يمتد الإعفاء إليه .

وكان هذا هو العجب العجاب .

كما كان هذا — على ما يبدو — أخذا أعمى عن مصدر أجنبى ، بلغ فيه النقل حد إلغاء العقل .

فمن قال لكم أيها الناس ، ان الجماعات هى بالضرورة جمعيات ؟

صحيح أنه توجد جمعيات لا ترمى إلى الكسب ، وتباشر نشاطاً إجتماعياً ، كملاجىء العجزة ، أو علمياً ، كالجمعيات الثقافية ، أو رياضياً ، كالأندية

الرياضية ، وأن هذه الجمعيات تحقق من اشتراك المشتركين فيها فائضاً نقدياً بعد النفقات ، ومع ذلك لا يخضع هذا الفائض للضريبة .

وإنما لم يقصد القانون بالإعفاء تلك الجمعيات دون سواها ، وإلا لاستخدم فى تعبيره بكل بساطة لفظ الجمعيات .

فالقانون قد قصد إعفاء «الجماعات» ، ولفظ الجماعات لايختلط بالجمعيات وإن كان يطويها تحت لوائه ويدخلها فى مضمونه .

فالجماعات لغة وعقلا ، كما تندرج فيها الجمعيات ، يتسع مضمونها ليشمل كذلك غير الجمعيات ، وينصرف مدلولها إلى فئات من الناس لها بحكم طبيعتها وطبيعة السلوك الفردى للأشخاص الداخلين فيها ، طابع مميز ، هو عدم السعى إلى الربح ، كرجال الدين مثلا .

وفى هذه الحالة لا يقصد بالإعفاء من الضريبة مجموع الفئة ، إذ لايتصور أن يكون لهذا المجموع كيان قائم بذاته وقابل لأن ينسب اليه سلوك مستقل منتج لعائد نقدى ، وإنما يقصد بالإعفاء كل أفراد الفئة منظوراً إليهم شخصياً واحداً واحداً ، إذ المفروض أنهم بحكم طبيعة عملهم يكونون جماعة لا ترمى إلى الكسب .

فما وضع أستاذ الجامعة من تلك الجماعات ؟

لا شك فى أنه هو الآخر ، بحكم طبيعة عمله فى البحث العلمى عن الحقيقة وفى تلقينها إلى طلابه بوسيلة الطباعة ، ينتمى إلى جماعة لا ترمى إلى الكسب هى جماعة أساتذة الجامعة .

والمفروض فى الجماعات الوارد ذكرها بنص المادة ٧٢ ، أنها تباشر نشاطها بصفة مستقلة ، تمشياً مع منطق المادة ذاتها فى تحديد الخاضع للضريبة بأنه يباشر النشاط بصفة مستقلة .

ورغم أن أستاذ الجامعة ، يعد بحثه العلمى وتسجيله لنتائج هذا البحث ،

عملا تبعاً لوظيفة عامة هى وظيفة التدريس فى الجامعة ، فانه — طبقاً لمنطق القانون فى شأن الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب والتى تعفى من الضريبة رغم مباشرتها نشاطها بصفة مستقلة — يستحق هو الآخر الإعفاء لذات العلة وهى أن العائد عليه لا يعد ربحاً بل مقابل استهلاك ، وشرط إستحقاق الضريبة بادىء ذى بدء هو وجود الكسب من قبل النظر فى شرطها الثانى وهو الصفة المستقلة للسلوك المؤدى إلى هذا الكسب .

وبالفعل فان العائد على الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب والتى تباشر نشاطها بصفة مستقلة ، إنما أعفى من الضريبة ، لأنه ليس كسباً وإنما مقابل استهلاك ، مثل العائد الذى يصيبه أستاذ الجامعة من مهمته سواء بسواء ، ورغم أن هذه المهمة وهى البحث العلمى وتسجيل نتائجه وتلقينها ، لا تباشر بصفة مستقلة ، وإنما بصفة تبعية لوظيفة التدريس فى الجامعة كوظيفة عامة .

كلمة ختامية

إن البحث العلمى عن الحقيقة فى سبيل فهمها وإفهامها بوسيلة تعبيرية مطبوعة ، مهمة تفوق الوصف فى مشقتها ، ينوء بحملها أستاذ الجامعة ، ويندر من بين البشر من يأنس فى نفسه استعداداً للنهوض بهذه المهمة ، ومن يقبلها على عاتقه ويصبح من عمال الجامعة ، يجد فيها بحكم طبيعتها هدماً مستمراً لطاقات النفس والجسم .

وإن تلك المهمة ، حتى إذا أنتجت عائداً نقدياً ، يحرم القانون — على ما أوضحنا — إخضاعها للضريبة فى هذا العائد ، لأنه عائد لا يعد ربحاً لعدم استهداف الكسب منه ، لاسيما والأستاذ يؤلف وينشر بقدر محدود يتناسب مع عدد طلابه ، ولأنه لا يعتبر حتى عائداً إلا فى الظاهر ، فهو مبلغ نقدى تبقى بدون إنفاق نقدى ، ليس فى حقيقة الأمر سوى مقابل استهلاك ، وشرط استحقاق الضريبة على الأرباح غير التجارية هو توافر الربح ، وهو هنا غير متوافر ، كما أن شرط استحقاقها أن يكون السلوك المنتج للكسب بافتراض وجود الكسب ، ذا صفة مستقلة ، والكتاب العلمى لأستاذ الجامعة ذو صفة تبعية لوظيفة عامة هى التدريس فى الجامعة ويعد

عملا اضطرارياً بحكم هذه الوظيفة ، كما لا تستحق حتى ضريبة كسب العمل على العائد من تأليف وطبع ونشر ذلك الكتاب للطلاب ، لأنه لا تكافوء بين هذا العائد وبين الجهد الذى تمخض عنه حتى يقال بأن العائد مرتب أو ماهية أو مكافأة أو أجر ، فهو مقابل استهلاك لا أجر استخدام، ونتيجة كل ذلك:

أن أستاذ الجامعة ، بالإرادة الصريحة للقانون الضريبى ، لا يخضع لضريبة ما فى المبلغ النقدى الذى يصله من وراء البحث العلمى وتسجيل نتائج هذا البحث وطبعها ونشرها على الطلاب ، فى حدود عددهم ، وفى حدود المنهج المعهود اليه رسمياً بتدريسه لهم .

ووعاء الضريبة معناه المعين الذى تغترف منه ، ويرجع فى تحديد هذا المعين إلى إرادة القانون ، أى إلى الأوصاف التى رسم بها القانون المعين ذاته وحدده ، ولا ضريبة بدون قانون طبقاً لنص الدستور ، فحيث لا يكون مبلغ ما مطابقاً لأوصاف معين الضريبة على الصورة المرسومة له فى نص القانون ، لا تستحق ضريبة ما على مثل هذا المبلغ .

وأخيراً فان العلم بالأشياء هو الإلمام بحقائقها ، وقد بنت الأمم المجيدة مجدها على العلم ، وبدونه لا تنهض الشعوب .

فعليكم ياأولى الألباب صيانة البحث العلمى من المعوقات وإزالة كل عقبة قد تقف حجر عثرة فى سبيله ، ولو كانت هذه العقبة ضريبة تؤول إلى الخزانة ، لأن ضرر هذه الضريبة بلا محالة يتفوق على نفعها . وبالفعل فان تلك الصيانة هى مشيئة القانون الضريبى ، والقانون عقل قبل أن يكون لفظاً

تم التعليق بحمد الله ، والله ولى التوفيق

اصطلاح الأحوال الشخصية

من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء

للدكتور سمير عبد السيد تناغو

أستاذ القانون المدنى المساعد بكلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابل فى الشريعة الاسلامية أو فى القانون الفرنسى . فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الاسلامية ينصرف إلى الزواج كما ينصرف إلى البيع . والقانون المدنى فى فرنسا يضم قواعد الزواج والميراث إلى جانب قواعد الالتزامات والحقوق العينية .

أما النظام القانونى فى مصر ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية وبين ما يسمى بالأحوال الشخصية . وكانت هذه التفرقة مرتبطة ابنظام الامتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم فى جانب كبير من معاملاتهم . وقد زالت الآن كل هذه الاعتبارات ، وأصبح من غير الممكن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية فى الأغراض التى نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانونى فى مجموعه . وهى مخالفة يقع فيها المشرع ذاته فى بعض الأحيان .

والحق أن الاصلاحات التى تمت بالغاء الامتيازات الأجنبية ، وتوحيد جهات القضاء ، وتوحيد القانون الواجب االتطبيق على المصريين جميعاً فى معظم معاملاتهم ، لازالت تنتظر اصلاحاً جديداً يتعلق بنظام الأسرة . والوضع الراهن لنظام الأسرة يستعصى على التعريف ، فلا هو نظام القانون الموحد ، ولا هو نظام الشرائع المتعددة .

وهذا البحث يدعو إلى الكف عن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية وإلى صياغة تشريعية جديدة لنظام الأسرة .

١ – المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية :

بذلت عدة محاولات قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والنتائج التى وصلت اليها هذه المحاولات كلها تقريبية . والسبب فى ذلك أنه لا توجد تفرقة حاسمة فى معاملات الناس بين المسائل المالية والمسائل الشخصية . وبعض المسائل لها طبيعة مزدوجة كالميراث مثلا . ومن ثم ينبغى أخذ التعريفات التى أعطيت على أنها تعبر فقط عن الاتجاه العام للفكرة .

وأول هذه التعريفات صدر عن محكمة النقض فى حكم شهير لها فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ (١) قررت فيه أن «الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكراً أو أنثى . وكونه زوجاً أو أرملا أو مطلقاً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . واذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية – وكلها من عقود التبرعات – تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب اليه ديانه . فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصراً دينياً ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها » .

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجلة المحاماة ، ص ٨٧ .

ويأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنه لا يخص الأهلية بالذكر ، واعتبرها داخلة ضمن حالة الشخص . مع أن الأهلية متميزة عن الحالة وان كانت متأثرة بها . ومن ناحية أخرى يؤخذ على التعريف أنه يكاد يرادف بين اصطلاح الحالة وبين اصطلاح الأحوال الشخصية (١) .

وأخيراً ينتقد هذا التعريف لأنه أدخل الوقف والهبة والوصية فى الأحوال الشخصية رغم أنها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وذلك تمشياً مع المشرع الذى جعل الاختصاص فى هذه المسائل لقضاء الأحوال الشخصية ، وبهذا أخضع تعريف محكمة النقض فكرة الأحوال الشخصية العلمية لقواعد الاختصاص القضائى ، وبهذا فقد هذا التعريف أهميته فى أن يكون أساساً علمياً للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية (٢).

والحق أننا لا نوافق على هذا النقد الأخير لأنه فى تقديرنا لا توجد فكرة علمية جامدة لما يسمى بالأحوال الشخصية . ولا يوجد أى أساس علمى للفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية . والمسألة أولا وأخيراً هى مسألة اختصاص . فالأحوال الشخصية ليست سوى المسائل التى يختص بنظرها قضاء الأحوال الشخصية . ويسرى عليها القانون الشخصى . وقد تكون هناك فكرة تقريبية للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، ولكن هذه الفكرة لا تعتبر أساساً علمياً دقيقاً للفصل بين طائفتين مستقلتين من معاملات الأفراد .

ولعل لتعريف محكمة النقض فضل فى الاشارة إلى هذه الفكرة التقريبية وقوامها المسائل المتعلقة بالشخص مباشرة والمتأثرة بعقيدته الدينية .

ومحكمة النقض لم تضل عن الموجه العام للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ولم تقل أن الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية

---

(١) حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٤٦ ، ص ١٣١ .

(٢) توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثانية ، ص ٢٨ - ٢٦ .

ولكنها قالت أن هذه المسائل هى بحسب الأصل من المسائل العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه أو عدم استحقاقه ومع ذلك فقد اعتبرها المشرع من قبيل الأحوال الشخصية وأعطى الاختصاص فيها لدوائر الأحوال الشخصية لأن هذه المسائل تقوم على فكرة التصدق المندوب اليه ديانه .

ويستفاد من هذا أن هناك مسائل الأحوال الشخصية ، وهناك مسائل من قبيل الأحوال الشخصية ، وأنه ليست هناك طائفة من المعاملات محددة تحديداً علمياً دقيقاً هى الأحوال الشخصية .

وبعد صدور حكم النقض السابق ذكره حاول المشرع تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين : الأولى فى نص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة التى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ وأعطت المحاكم المختلطة الاختصاص فى نظر الأحوال الشخصية للأجانب إلى جانب المحاكم القنصلية . والمرة الثانية فى نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الذى أعطى الاختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب . والنص الثانى يكاد يكون منقولا نقلا حرفياً من النص الأول ، ولذلك نكتفى بذكرة منعاً للتكرار . تنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء على أنه «تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة ، المنازعات فى المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار ، وتشحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والأذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

والتعريف الذى وضعه المشرع يتفق مع تعريف محكمة النقض فى التعبير عن نفس الاتجاه وان كان أكثر منه تفصيلا وربما أكثر انضباطاً . غير أن

المشرع بدوره لم يحاول وضع تعريف دقيق لفكرة علمية منضبطة ، ولكنه اشار فقط للمسائل التى يمكن اعتبارها من الأحوال الشخصية . وبوجود هذا النص لم يعد هناك مبرر لأى اجتهاد علمى آخر ، خاصة وأن المسألة لا تتعلق كثيراً بالصياغة العلمية الدقيقة .

والأحوال الشخصية حسب هذا النص تشمل أربع مسائل رئيسية .

١ – المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته .

٢ – نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب إلى غير ذلك .

٣ – الولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتاً .

٤ – المواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

وقد جاء الوقت الآن للبحث عن الفائدة العملية أو النظرية لجمع هذه المسائل تحت اسم واحد هو الأحوال الشخصية . وسينتهى بنا هذا البحث إلى وضع تقدير نهائى لقيمة هذا الاصطلاح .

٢ – هل هناك فائدة عملية لاصطلاح الأحوال الشخصية ؟ :

كانت لاصطلاح الأحوال الشخصية أهمية عملية فى الماضى بالنسبة للأجانب وبالنسبة للمصريين على السواء .

فبالنسبة للأجانب كانت المحاكم القنصلية هى المختصة بنظر أحوالهم الشخصية أما المسائل المالية فكانت المحاكم المختلطة هى المختصة بنظرها (١) ولهذا كان من الأهمية بمكان معرفة ما إذا كان النزاع متعلقاً بالأحوال الشخصية أم بالأحوال العينية لتحديد ما إذا كانت المحكمة المختصة هى المحكمة

(١) المادة التاسعة من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة .

القنصلية أو المحكمة المختلطة . وبعد توقيع اتفاقية مونترو وفى فترة الانتقال أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بنظر الأحوال الشخصية للأجانب إلا إذا كان النزاع يتعلق بأتباع دولة وقعت على الاتفاقية واحتفظت لمحاكمها القنصلية بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية (١) . وفى هذه الفترة أيضاً بقى هاماً معرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أم لا لتحديد اختصاص المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة (٢) .

أما بعد انتهاء فترة الانتقال عام ١٩٤٩ وزوال كل أثر للامتيازات الأجنبية وانتقال الاختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب إلى المحاكم الوطنية التى تستهدى فى تحديد القانون الواجب التطبيق بقواعد الاسناد المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى ، فقد زالت كل فائدة عملية لاصطلاح الأحوال الشخصية سواء بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائى أو الاختصاص التشريعى . فبالنسبة للاختصاص القضائى أصبح القاضى الوطنى هو المختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالأجانب سواء تعلقت بالمسائل الشخصية أو المسائل المالية ، فلم تعد هناك أهمية على الاطلاق لمعرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بهذه المسائل أو تلك لأن القاضى الوطنى لا يختص بنظره فى جميع الأحوال(٣) .

---

(١) المادتين ٢٧ ، ٥٦ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة عام ١٩٣٧ .

(٢) حاولت المحاكم المختلطة فى فترة الانتقال بسط اختصاصها فى بعض الحالات على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم . راجع ، حامد زكى ، ضرورة وضع تشريع تنفيذى لبعض أحكام اتفاقات مونتريه ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ١٩٤٣ ص ٥٩٧ وما بعدها .

(٣) واختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى يتحدد طبقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى . وكان المشرع قد نص على هذه القواعد فى المادة الثالثة من قانون المرافعات الصادر عام ١٩٤٩ . ولم يشر المشرع فى هذا النص إلى الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية بل ترك الحكم عاما يسرى على هذه المسائل جميعا دون تفرقة . ولم يكن النص كافيا على أى حال للاحاطة بكل قواعد الاختصاص القضائى الدولى المحاكم المصرية . وقد أصدر المشرع بعد ذلك القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ باضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات « فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية » . ونص فى الفصل الأول من الباب الأول من هذا الكتاب على « قواعد الاختصاص العام للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية » المواد =

وبالنسبة للاختصاص التشريعى أو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع فان قواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص وهى التى تسمى قواعد تنازع القوانين هى التى تحدد القانون واجب التطبيق . وقد نص المشرع على قواعد الاسناد فى المواد (١٠ — ٢٨ من القانون المدنى) . والقانون الواجب التطبيق يختلف بحسب نوع العلاقة المعروضة . ولهذا يتبغى تحديد نوع العلاقة تحديداً دقيقاً وهذا التحديد يسمى فى القانون الدولى الخاص بالتكييف .

= ٨٥٩–٨٦٧).ونصت الأبواب الأخرى على قواعد الاجراءات الخاصة بنظام الأسرة ، والتركات ، والولاية على المال ، (المواد ١٠٣٢،٨٩١) .

والكتاب الرابع من قانون المرافعات الذى يحمل اسم الأحوال الشخصية يعتبر مثلا فريدا على العيوب فى الصياغة القانونية . فهو قد أضيف إلى قانون المرافعات ليحل محل الكتاب الخامس من قانون المرافعات المختلط ، والذى الغى بصدور قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ باستثناء الباب الخامس منه الخاص بالاجراءات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية . فكأن قانون المرافعات الوطنى لا يضع حدا نهائيا لآثار الامتيازات الأجنبية . بل على العكس يبقى عند صدوره بعض أحكام قانون المرافعات المختلط ، ثم يستضيف هذه الأحكام باضافة كتاب رابع اليه يتضمن نصوصها بعد إدخال مايراه عليها من تعديلات .

وإذا كان الكتاب الرابع فى مجموعه يشهد على تخلف آثار الامتيازات الأجنبية فى عقلية المشرع المصرى بتخصيص قواعد مرافعات للاجانب تختلف عن قواعد المرافعات الخاصة بالوطنيين وهو ما لا مقابل له فى قانون أية دولة مستقلة ذات سيادة ، فان العذر الوحيد الذى كان يمكن أن يلتمس للمشرع هو أنه عند صدور قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ ، وعند إضافة الكتاب الرابع إليه سنة ١٩٥١ ، لم تكن هناك قواعد مرافعات موحدة بالنسبة للمصريين أنفسهم ، بل كانت اجراءات التقاضى بالنسبة لهم موزعة بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية . أما الآن فقد زال هذا العذر بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية وتوحيد جهة التقاضى وإجراءاته بالنسبة للمصريين . ولهذا أصبح من اللازم الغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات الذى يخص الأجانب بقواعد غير تلك التى يخضع لها المصريون .

والخلاصة أن الكتاب الرابع من قانون المرافعات يعتبر مثلا على العيب فى الصياغة القانونية حيث يختص الأجانب بقواعد مرافعات غير تلك التى يخضع لها المصريون ، وحيث يضع القواعد العامة للاختصاص القضائى للمحاكم المصرية تحت اصطلاح الأحوال الشخصية . ولهذا لم يكن قانون المرافعات الجديد لسنة ١٩٦٨ موفقا فى الابقاء على الكتاب الرابع ، وإن كان قد وفق فى النص على قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى أحكام عامة تسرى على المنازعات جميعا دون اعتداد بفكرة الأحوال الشخصية .

ولا يجدى شيئاً فى تكييف العلاقة القانونية القول بأنها من الأحوال الشخصية ، لأن القانون الواجب التطبيق ليس واحداً بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية . فمثلا القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو قانون كل من الزوجين أى الزوج والزوجة (م ١٢) . بينما القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج هو قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وحده وقت الزواج (م١٣/١) . أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى (م١٣/١).

وعلى هذا إذا تزوج انجليزى بفرنسية ثم غير الزوج جنسيته بعد الزواج واكتسب الجنسية الكندية وعرض نزاع بين هذين الزوجين على القاضى المصرى فيجب تكييف هذا النزاع تكييفاً دقيقاً لتحديد القانون الواجب التطبيق . فاذا تعلق النزاع بصحة الزواج طبق القاضى القانونين الانجليزى والفرنسى فى نفس الوقت ، وإذا تعلق النزاع بآثار الزواج طبق القاضى القانون الانجليزى وحده وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج . وإذا تعلق النزاع بدعوى تطليق ، طبق القاضى القانون الكندى وهو قانون الزوج وقت رفع الدعوى . ولا يكفى أبداً القول بأن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لأن لهذا الاصطلاح مدلول واسع ولا يعتبره المشرع فكرة مسندة تصلح أساساً لتحديد القانون الواجب التطبيق ، فالقوانين الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية تختلف من مسألة إلى أخرى وقد عنى المشرع بتحديد هذا القانون بالنسبة لكل مسألة منها ولم يعد للاصطلاح فى عمومه أدنى فائدة فى هذا الشأن (١) .

---

(١) لم يستخدم المشرع اصطلاح الأحوال الشخصية فى أى قاعدة من قواعد تنازع القوانين ومع ذلك فجدير بالذكر أنه بالنسبة لعقد الهبة وهو عقد من العقود المالية التى ينظمها القانون المدنى فى المواد من ٤٨٦ إلى ٥٠٤ . أنه عند صدور قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩ بعد صدور القانون المدنى نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك ». وقد قيل تفسيرا لهذا النص ، أن المشرع المصرى خرج فيما يتعلق بالهبة وحدها عن القاعدة العامة فى التكييف والتى على أساسها يرجع القاضى إلى=

أما بالنسبة للمصريين فكانت للاصطلاح أهمية فى الماضى حيث كانت المحاكم الأهلية تختص فقط بالنظر فى المنازعات المالية أما الأحوال الشخصية فكانت تختص بها المحاكم الشرعية والمجالس المالية (١) .

ومن ناحية أخرى لم يكن القانون المدنى هو المطبق على المصريين فى أحوالهم الشخصية ، وانما كان القانون المطبق هو القانون الدينى أو الشخصى وهو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم . فكان تعلق النزاع بالأحوال الشخصية يترتب عليه من حيث المبدأ اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية بنظرة . وسريان القانون الدينى عليه ، فكانت للاصطلاح أهمية فى تحديد الاختصاص القضائى والاختصاص القانونى فى طائفة كبيرة من معاملات الأفراد .

وبصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية أصبحت المحاكم مختصة بنظر منازعات المصريين فى مسائلهم

= قانونه الوطنى لتكييف العلاقات المختلفة . (منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، ص ٢٨٢) والواقع أن هذا النص ينطوى على عيب كبير فى الصياغة القانونية ، لأن التكييف لايكون إلا بادخال العلاقة موضوع النزاع فى فكرة من الأفكار المسندة التى يستخدمها المشرع فى قواعد تنازع القوانين ونظرا لأن المشرع لايستخدم فكرة الأحوال الشخصية كفكرة مسندة فى قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص ، فان هذا النص سيؤدى حتما إلى الاضطراب فى البحث عن القانون الواجب التطبيق على الهبة ، وقد ظهر هذا الاضطراب فعلا فى التساؤلات التى آثارها الفقه حول هذا النص . فما هو القانون الذى يرجع إليه فى تحديد ما إذا كانت الهبة من الأحوال الشخصية أم لا ؟ هل هو قانون الواهب أو قانون الموهوب له ؟ وإذا كان هو قانون الواهب ، فهل هو قانون الواهب وقت الهبة أم وقت الوفاة ؟ وإذا تبين حسب القانون الذى يرجع إليه فى التكييف ، أيا كان هذا القانون ، أن الهبة من الأحوال الشخصية ، فما هو القانون الذى يسرى عليها بعد ذلك؟ هل هو قانون الواهب أم قانون الموهوب له ؟ وهل هو قانون الواهب وقت الهبة أم وقت الوفاة . كل هذه تساؤلات يحاول الفقه أن يجيب عليها باجتهاد لايعتمد على النص ذاته . (منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ٢٨٧) . وفى تقديرنا أن هذا النص الذى لازال يعطى قيمة وضعية لاصطلاح الأحوال الشخصية بالنسبة للهبة ، لايعدو أن يكون أثرا من آثار الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء ، كغيره من النصوص الأخرى التى لازالت تستعمل هذا الاصطلاح حتى الآن .

(١) المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية .

المالية وأحوالهم الشخصية على السواء ، واختصاصها بنظر الأحوال الشخصية عام على المصريين جميعاً باختلاف مللهم وطوائفهم . وبهذا انتهت كل فائدة عملية فى اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية لتحديد الاختصاص القضائى فسواء كان النزاع مالياً أو شخصياً فالمحكمة المختصة هى دائماً نفس المحكمة حتى ولو أخذ بنظام التخصص فى هذه المحكمة وما يترتب عليه من تقسيم دوائرها إلى دائرة مدنية أو تجارية أو شخصية ، فهذا تقسيم داخلى لا يثير تنازعاً فى الاختصاص .

ورغم توحيد جهة الاختصاص القضائى فلم توحد القواعد الموضوعية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلا زال المبدأ بشأنها هو مبدأ تعدد الشرائع بحسب ديانة أطراف النزاع . وهذا ما تنص عليه المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تقرر أنه «تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام — فى نطاق النظام العام — طبقاً لشريعتهم» .

وبحسب الظاهر من هذا النص فان اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية يترتب عليه تطبيق القانون الدينى عليها وهو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم .

ومع ذلك فهذا النظر ليس صحيحاً وذلك لصدور قوانين موحدة بالنسبة لمعظم مسائل الأحوال الشخصية تسرى على المصريين جميعاً من مسلمين وغير مسلمين وبصدور هذه القوانين انحصر مبدأ تعدد الشرائع فى طائفة واحدة من مسائل الأحوال الشخصية هى علاقات الأسرة .

١ – فبالنسبة للحالة والأهلية لا يسرى عليها القانون الدينى ، وانما القانون المدنى فى المواد من ٢٩ إلى ٥١ من القانون المدنى . فاذا عرض نزاع يتعلق بحالة الشخص أو أهليته وقلنا أن هذا النزاع من الأحوال الشخصية ولذلك يسرى عليه القانون الدينى للشخص فأننا نقرر حكماً خاطئاً فى القانون. أى أن استخدام فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق ليس له فائدة بالنسبة للحالة والأهلية ، بل أنه يؤدى إلى نتائج تخالف حكم القانون .

٢ – بالنسبة لمسائل الولاية والوصاية والقوامه والحجر والأذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، فهى أيضاً تخضع لقانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وهو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وعلى هذا النحو إذا عرض نزاع يتعلق بمسألة من هذه المسائل ، فلا يصح الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ولا يعتبر الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية عديم الفائدة فحسب ، بل أنه يخالف القانون أيضاً .

٣ – بالنسبة للميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فالقوانين المطبقة عليها موحدة بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين .

وعندما صدر قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروعه التمهيدى «وستطبق هذه الأحكام على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات الخاصة بالميراث أو الوصية» .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن «قوانين المواريث والوصية، وأحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا . على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى» .

ويلاحظ أن قوانين المواريث والوصية مستقاة من الشريعة الاسلامية وأنها تطبق على المصريين جميعاً باعتبارها الشريعة العامة لا باعتبارها قانوناً دينياً.

والنص السابق ذكره يعطى اختصاصاً تحكيمياً للشرائع الأخرى غير الشريعة الاسلامية إذا اتفق على ذلك جميع الورثة فى نظر الشريعة الاسلامية. فكأن الشريعة الاسلامية هى التى تحدد الورثة ثم ينبغى على هؤلاء أن يتفقوا بالاجماع على تطبيق الشريعة الدينية لمورثهم فى تحديد الأنصبة فقط، بفرض أن هذا التحديد يختلف فى هذه الشريعة عنه فى الشريعة الاسلامية .

وتصور حدوث مثل هذا الاتفاق أمر صعب، لانه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة هو قدراً معيناً حسب الشريعة الاسلامية المنطبقة أصلا، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيباً أقل .

وإذا حدث ذلك فرضاً فلا يعدو الأمر أن يكون تبرعاً من صاحب النصيب الأكبر إلى غيره من الورثة . وهو تصرف فى الحق بعد ثبوته، ولا يعتبر بحال تطبيقاً للشريعة غير الاسلامية على الميراث، لأن تحديد شخص الوارث وثبوت حقه فى الأرث تقرر بناء على أحكام الشريعة الاسلامية . ويشبه هذا التصرف التخارج، ولكنه يختلف عنه فى أنه من قبيل التبرعات بينما التخارج من المعاوضات . ويشترط لصحة الاتفاق على الاحتكام إلى الشريعة الخاصة فى تحديد الأنصبة توافر أهلية التبرع لدى الوارث الذى يضار من اعادة التوزيع على هذا الشكل .

ونظراً لصعوبة حدوث مثل هذا الاتفاق فان القضاء فيما نعلم لم يعرض عليه اتفاق من هذا النوع . ولكن من ناحية أخرى نظراً لأن المسألة تنتهى فى آخر الأمر إلى أنها تقرير لحق الوارث فى التبرع بحقه بعد ثبوته، فلا يحتاج الأمر إلى نص خاص ويكفى فيها القواعد العامة فى التبرعات دون حاجة إلى القول بأن هناك تعدداً فى الشرائع فى مسائل الميراث .

وعند صدور القانون المدنى الجديد نصت المادة ٨٧٥ منه على أن :

«تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الأرث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها» ، ونصت المادة ٩١٥ على أنه : «تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها» .

وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى أن قانون الملة «لا ينطبق حتى ولو اتفق الورثة على أن يطبق» (حـ ٦ ص ٢٠٥) .

وقد أخذ جانب من الفقه بهذا الرأى على أساس أن نصوص القانون المدنى نسخت نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ (١) .

وفى رأى آخر أن نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ يبقى قائماً استثناء من نصوص القانون المدنى ، لأن هذه النصوص عامة ، والعام لا ينسخ الخاص ولو كان لاحقاً عليه ، وأن ما جاء بالمذكرة الايضاحية غير ملزم لأنه يعبر فقط عن رأى واضع المذكرة الايضاحية لا عن حكم القانون (٢) .

وفى تقديرنا أن الجدل حول بقاء نص المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٤٤ أو نسخة بمقتضى القانون المدنى لا يؤدى إلى شىء ، لأن هذا النص ذاته لم يكن يقرر حكماً خاصاً فى تعدد الشرائع بشأن الميراث كما سبق القول ، وكل ما يستفاد منه هو تقرير حق الوارث بمقتضى الشريعة الاسلامية فى التصرف فى حقه تبرعاً إلى غيره من الورثة ولو سمى هذا احتكاماً لشريعته الدينية . ومثل هذا التبرع جائز بغير نص . فلا أهمية لبقاء هذا النص أو الغائه .

(١) من المراجع التى أشار اليها د. حسن كيره فى أصول القانون ، الطبعة الثانية ص ٢٢٨ هامش ١ : عبد المنعم الشرقاوى ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٩٩-٢٠٠ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق : ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ ؛ محمد على عرفه ، أسباب كسب ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٨٥ ، ٣٩٦ م

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق : توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٠ ؛ أحمد سلامه ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثالثة ، ص ٥٥ .

ولذلك نرى أنه فيما يتعلق بالوصية والميراث فان القانون المطبق هو ما صدر بشأن هذه المسائل من أحكام مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وما تقضى به هذه الشريعة فى غير الأحكام المنصوص عليها . ولا يوجد تعدد فى الشرائع بشأن الميراث والوصية للأسباب التى نجملها فيما يلى :

١ — ان هذا التعدد لم يوجد فى أى وقت حتى مع وجود نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حسب الشرح السابق .

٢ — ان روح نصوص قانون المواريث وقانون الوصية والقانون المدنى تعبر عن الاتجاه نحو وضع قواعد موحدة فى هذه المسائل .

٣ — ان تطبيق شريعة غير الشريعة الاسلامية على الميراث فرض نظرى لم يحدث عملا ، ولا نعرف له مثلا فى القضاء . وفى الحالات التى تعرض فيها القضاء للقانون واجب التطبيق على مسائل الميراث والوصية قطع فيها بمبدأ وحدة القانون . وهذا ما تقرره محكمة النقض فى حكمها الصادر فى أول ابريل عام ١٩٤٣ «أن المواريث عموماً ، ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين وفق قواعد الشريعة القائمة» (مجموعة عمر جـ ٤ ص ٨٤).

٤ — أن تطبيق الشريعة الدينية على غير المسلمين وما يترتب عليه من تعدد الشرائع ينبغى أن ينحصر فى المسائل التى تمس العقيدة الدينية . والتى قد يحرص غير المسلمين على تطبيق شريعتهم الخاصة عليها أخذا بمبدأ حرية العقيدة . وهى المسائل التى يعبر عنها حكم النقض السابق ذكره بأنها «المواد المذهبية أو الروحية». والميراث بيقين ليس من هذه المسائل . وبالنسبة للمسيحيين وهم الطائفة الكبرى من غير المسلمين ، لا نعتقد أنه يعنيهم كثيراً الاحتكام إلى شريعتهم الخاصة فى الميراث . بل أننا نستطيع القول أنه لا توجد لديهم شريعة خاصة فى هذا الشأن حتى ولو وجدت أحكام نشأت فى أوقات متأخرة تاريخياً .

ويكفى القول للتدليل على هذا ما جاء فى الانجيل من أن السيد المسيح رفض أن يقضى فى مسألة ميراث ، وقال لمن جاء يحتكم اليه ، أذهب عنى من أقامنى قاضياً بينكم (١) .

والخلاصة اذن أنه بالنسبة للمواريث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، فيسرى عليها قانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً . ولذلك لم يعد مجدياً الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل .

من الاستعراض السابق يتبين أنه بالنسبة للمصريين لم يعد صحيحاً القول بأن الأحوال الشخصية تتعدد بشأنها الشرائع ويحكمها القانون الدينى بالنسبة للطوائف الدينية المختلفة ، لأن المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية وهى أولا الحالة والأهلية ، وثانياً الولاية والوصايه والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وثالثاً الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، أصبحت الآن خاضعة لقوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً دون اعتبار لعقيدتهم الدينية .

ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية خاضعاً للقانون الدينى ومبدأ تعدد الشرائع سوى مسائل الأسرة من زواج وطلاق وغير ذلك .

ولهذا السبب لم تعد لفكرة الأحوال الشخصية بما ينطبق عليه هذا الاصطلاح من مسائل ، فائدة عملية فى تحديد القانون الواجب التطبيق على أى من هذه المسائل . بل أن استخدام هذه الفكرة لتحديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدى إلى نتائج تخالف حكم القانون . لأنه لو قيل أن مسالة ما تتعلق بالأحوال الشخصية ومن ثم يطبق عليها القانون الدينى ، فان هذا القول يكون غير صحيح بالنسبة للكثير من المسائل .

---

(١) جاء فى الانجيل أن احدهم قال للمسيح « يامعلم قل لأخى أن يقاسمنى الميراث فقال له يا إنسان من أقامنى عليكما قاضيا أومقسما » . (انجيل لوقا ، اصحاح ١٢ ، ١٣ ، ١٤) .

وعلى هذا النحو فان اصطلاح الأحوال الشخصية لم يعد صالحاً لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمصريين ، ورأينا كذلك أنه غير صالح لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجانب . أما تحديد الاختصاص القضائى فلا حاجة فيه إلى هذه الفكرة أيضاً ، لأن المحاكم المختصة واحدة بالنسبة لجميع المصريين وكذلك بالنسبة للأجانب فى جميع المعاملات .

٣ — القيمة الفنية لاصطلاح الأحوال الشخصية :

تقوم الصياغة القانونية على تقسيمات واصطلاحات وطوائف قانونية . وقد تتشابه النظم القانونية فى جوهرها من حيث قيامها على فكرة العدل . ولكنها تختلف فى وسائل صياغتها . والصياغة القانونية هى وسيلة التعبير عن جوهر القانون بما يؤدى إلى تطبيقه على خير وجه . والصياغة ليست لها قيمة فى ذاتها وانما هى وسيلة تتحدد قيمتها بحسب الفائدة منها . ولهذا فان وسائل الصياغة يلحقها التغيير والتبديل دائماً استجابة إلى قانون التطور . والتطور يلحق القانون فى جوهره — لا فى فكرة العدل ذاتها ولكن فى انطباعات الانسان عن العدل — ويلحق القانون فى وسائله للتعبير عن هذه الانطباعات . والمقصود بكل هذا الاشارة إلى القيمة النسبية لوسائل الصياغة القانونية .

واصطلاح الأحوال الشخصية نوع من الصياغة القانونية باعتباره يضم مجموعة من علاقات الأفراد ومعاملاتهم تحت اسم واحد .

وقد رأينا أنه كانت لهذا الاصطلاح فائدة عملية فى الماضى لتحديد اختصاص المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة بالنسبة للأجانب ، وكذلك لتحديد اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية بالنسبة للمصريين ولتحديد الشريعة الواجبة التطبيق عليهم . لهذا كان هناك ما يبرر الابقاء على هذا الاصطلاح ، ومحاولة القضاء بل والمشرع فى تحديد المقصود به .

أما فى الوقت الحاضر فقد أصبح هذا الاصطلاح عديم الفائدة فى تحديد الاختصاص القضائى أو القانون الواجب التطبيق بالنسبة لأى شخص أو أى

نزاع ، بل أن الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمصريين يؤدى كما رأينا إلى نتائج مخالفة للقانون .

ولذا يجب التنبيه إلى أنه لم يعد من الجائز استعمال اصطلاح الأحوال الشخصية فى أى غرض من الأغراض التى وجد هذا الاصطلاح للتعبير عنها فى فترة التطور القانونى التى شهدت المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس الملية ، ثم الغاء هذه المحاكم جميعاً .

ويثور التساؤل الآن عما إذا كانت هناك فائدة عملية جديدة أو حتى فائدة نظرية مدرسية تبرر الابقاء على هذا الاصطلاح (١)

---

(١) الأهمية العملية التى كانت لاصلاح الأحوال الشخصية فى ظل الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء دعت الأستاذ حسن بغدادى إلى تخصيص رسالة الدكتوراه لبحث الأساس الفنى للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية .

Hassan A. Baghdadi origine et technique de la distinction des statuts personnal et réel en Egypte, thèse, Le Caire, 1937.

وقد خصص المؤلف الجزء الأول من رسالته لدراسة نظرية الأحوال (القوانين) عند المحشيين من فقهاء المدرسة الايطالية وتأثير هذه النظرية على القانون الفرنسى والقانون الايطالى وكذلك لدراسة القاعدة المقررة فى الشريعة الاسلامية من ترك غير المسلمين وشأنهم فى مسائل الزواج والخمر ولحم الخنزير على خلاف مبدأ اقليمية القوانين فى هذه الشرعية .

أما الجزء الثانى من الرسالة فقد خصصه المؤلف لدراسة التفرقة فى القانون الوضعى المصرى على ضوء القوانين المختلطة والأهلية المطبقة فى ذلك الوقت (المواد من القانون المدنى المختلط ، ٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية والأحكام القضائية المطبقة بهذه الخصوص) .

وبعد الجهد الكبير الذى بذله المؤلف فى البحث عن أساس فنى لاصطلاح الأحوال الشخصية والأحوال العينية فان النتيجة كانت مع ذلك سلبية مما دعاه إلى رفض هذه الاصطلاحات باعتبارها مضللة ومخيبة للأمل .

(étiquette trompeuse ... facade décevante) P. III.

وهو يدعو الفقه والقضاء إلى التخلص من هذه الاصطلاحات .

il serait, certes, souhaitable que la doctrine et la jurisprudence se décident à répudier ces termes archaiques et faussés de (statuts personne et réel, termes qui nous ont valu un passé fécond en déviations et divergences) p. 373.

=

إذا رجعنا إلى الفقه الاسلامى ، وهو فقه بلغت تقسيماته درجة عالية من الدقة فى الصياغة ، كما أنه عنى من حيث الموضوع عناية بالغة بالموضوعات التى تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية كالميراث والزواج والطلاق الخ . ولو كان هذا الفقه قد استشعر أن لهذه المسائل طبيعة خاصة تميزها عن غيرها لابتدع بسهولة اصطلاحاً يجمعها ويعبر عنها . ومع ذلك فالفقه الاسلامى لم يفرق بين الزواج والطلاق وبين البيع والايجار ، واعتبر كل هذه المسائل داخلة فى باب واحد هو باب المعاملات (١) . وهذا نظر صحيح لأن علاقات الأفراد لا تختلف فى طبيعتها سواء تعلقت بالشخص أو بالمال .

والقانون الفرنسى لا يختلف فهمه عن الشريعة الاسلامية .. فالقانون المدنى يشمل القواعد المتعلقة بالالتزامات والحقوق العينية وكذلك القواعد المتعلقة بالحالة والأهلية والزواج والميراث .. إلى غير ذلك من المسائل

غير أنه وجد فى القانون الفرنسى وفى كتب الفقه تقسيما نظرياً للمسائل المتعلقة بالاشخاص والمسائل المتعلقة بالحقوق المالية . وفى المسائل المتعلقة بالأشخاص تدرس الشخصية القانونية ، الطبيعية والاعتبارية وكذلك الحالة والأهلية ونظام الأسرة والولاية على النفس والمال . أما الميراث فالغالب أنه يدرس مع الحقوق المالية باعتباره من أسباب كسبها .

= وفى آخر حملة من رسالته يحذر المؤلف من اقحام هذه الاصطلاحات فى صياغة النصوص التشريعية

Mais. qu'on se garde de laisser glisser dans les textes législatifs les termes de (statuts personnel et réel) qui ne sauraient servir qu'a évoquer les souvenirs d'une confusion des plus déplorables et de plus déroutantes) p. 376

وقد جاءت دعوة الدكتور حسن بغدادى إلى التخلص من اصطلاحات الأحوال الشخصية والأحوال العينية فى وقت كان النظام القانونى فى مصر يعتمد إلى حد كبير هذه الاصطلاحات ذاتها . أما الآن وبعد زوال الامتيازات الأجنبية وتوحيد جهات القضاء وتوحيد القوانين فان الدعوة الى الكف عن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية أصبحت أمرا طبيعيا بل لازما .

١) عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة الرابعة ص ١٧ ، ١٨ .

غير أن هذا التقسيم النظرى لا يمس فى شىء وحدة القانون المدنى وشمول قواعده لاحكام العلاقات المالية والشخصية على السواء . ولا تترتب عليه نتائج عملية أكثر من تبويب فصول التقنين المدنى أو كتب الفقه .

وقد يغرى منهج الشريعة الاسلامية والقانون الفرنسى بالتقليد وذلك بالتطلع إلى وضع مجموعة مدنية شاملة تضم القواعد المتعلقة بالأموال والأشخاص على السواء فالحقوق المالية لا وجود لها بدون شخص تنسب اليه هو صاحب الحق. ومن ناحية أخرى فان العلاقات الشخصية تحدث أثراً فى اكتساب الحقوق المالية . ولهذا فان بعض المسائل كالميراث لا تنفصل فيها فكرة الشخص عن فكرة المال .

وفى تقديرنا أنه وان كانت المسائل المتعلقة بالأشخاص هى من صميم القانون المدنى ولا يمكن اعتبارها غير ذلك ، الا أننا لا نرى مبرراً ملحاً فى اصدار مجموعة شاملة للقانون المدنى على النحو السابق ذكره . ولا نرى مانعاً أن تبقى بعض المسائل المتعلقة بالأشخاص منظمة بقوانين خاصة .

والواقع أن اعتبار مسألة ما من مسائل القانون المدنى لا يعنى بالضرورة وجود النصوص المنظمة لهذه المسألة فى التقنين المدنى ذاته . وفى العصر الحديث بصفة خاصة حيث تشابكت العلاقات وتنوعت أصبح من اللازم وضع القواعد التفصيلية لبعض مسائل القانون المدنى فى قوانين مستقلة عن التقنين ذاته وان كانت ترجع اليه فى آخر الأمر . والمثال على ذلك واضح فى القوانين المنظمة لعلاقات العمل والتأمين والايجار . وهذه المسائل كلها من موضوعات القانون المدنى ، وفيه النص على قواعدها العامة ، ومع ذلك دعت الحاجة إلى تنظيمها بقوانين مستقلة .

ولو فعلنا غير ذلك لتضخم التقنين المدنى بالقواعد التفصيلية دون مبرر .

ويصدق نفس النظر على المسائل المتعلقة بالأشخاص . فقد نص القانون المدنى فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى (المواد ٢٩ — ٨٠) على النظرية العامة فى الأشخاص ، نظم فيها بشىء من التفصيل قواعد القرابة ودرجتها

والأهلية وكذلك الأشخاص الاعتبارية . ورأى المشرع بحق أن يحيل فى مسائل أخرى إلى قوانين خاصة . فأحال فى الجنسية وهى حالة الأشخاص السياسية إلى قانون خاص هو قانون الجنسية (م٣٣) . وأحال فى شأن المفقود والغائب إلى القوانين الخاصة أو الشريعة الاسلامية (م٣٢) . وأحال فى أحكام الولاية والوصاية والقوامة إلى القوانين الخاصة التى تصدر فى هذا الشأن (م ٤٧) . وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩لسنة ١٩٥٢ السابق الاشارة اليه . وفى المواد ٨٧٥ ، ٩١٥ أحال إلى القوانين الخاصة المنظمة للميراث والوصية .

ويلاحظ أن اصطلاح الأشخاص فى القانون المدنى الجديد يختلف عن اصطلاح الأحوال الشخصية ، لأن الأول يتعلق بالشخص باعتباره صاحب الحق وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، أما الثانى فيتعلق بالانسان فقط أى الشخص الطبيعى وينصرف إلى المسائل التى تمس أصلا عقيدته الدينية أو شخصه مباشرة وما يستدعيه هذا من رغبة تعدد القضاء أو القانون .

وإذا بقى أى مبرر نظرى للاحتفاظ باصطلاح خاص للعلاقات التى تمس الشخص فلا يكون هذا الا بالمعنى الموجود فى القانون المدنى ، لا بالمعنى الذى قام عليه تعدد جهات القضاء وزالت مبرراته الآن .

وتنظيم المسائل المتعلقة بالأشخاص يجوز أو يحسن أن يخضع لقوانين مستقلة عن التقنين المدنى مع بقاء هذه القوانين تابعة للقانون المدنى على أساس أن العلاقة محل التنظيم هى علاقة مدنية .

ومن ثم لا نرى مبررا لادماج قانون الولاية والوصاية والقوامة أو قانون المواريث أو قانون الوصية فى التقنين المدنى .

غير أن بقاء هذه القوانين المستقلة لا يجوز أن يوحى بحال إلى فكرة تجميعها فى مجموعة واحدة يطلق عليها اسم قانون الأشخاص فمثل هذا لا يؤدى إلى التوحيد بل إلى فصل القواعد المتعلقة بالأشخاص عن القانون

المدنى ، ويتعارض مع النظر الصحيح فى اعتبار القانون المدنى شاملا لقواعد الأموال والأشخاص على السواء .

ولهذا فان المنهج الصحيح الذى نؤيده هو منهج القانون المدنى الحالى ، وهو اعتبار أن قواعد الأشخاص من موضوعات القانون المدنى ، والنص على أصولها العاملة فى الباب التمهيدى للقانون ، مع الاحالة فى موضوعاتها المختلفة إلى قوانين خاصة . على أن يكون مفهوماً أن اصطلاح الأشخاص فى القانون المدنى يعبر عن فكرة الشخص القانونى أو الشخصية القانونية . ويقوم على أساس نظرى فى التفرقة بين الشخص والمال ، وليس على اعتبار تعدد جهات القضاء ، أو تعدد الشرائع كما هو الأمر بالنسبة لاصطلاح الأحوال الشخصية .

ولذلك إذا كان من الجائز حتى الآن جمع العلاقات المتعلقة بالأشخاص تحت اسم واحد فيكون هذا الأسم هو اصطلاح الأشخاص المعروف فى القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى ، لا اصطلاح الأحوال الشخصية الذى كانت له أهمية عملية فى الماضى ثم أصبح لا يعبر عن شىء فى الوقت الحاضر .

والخلاصة أنه لم تعد هناك فائدة عملية أو قيمة فنية لاصطلاح الأحوال الشخصية وأنه أصبح من اللازم استبداله باصطلاح الأشخاص بالمعنى المقصود به فى القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى ، باعتباره أحد أبواب القانون المدنى ذاته .

٤ — المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

تنص المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه :

« بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام — فى نطاق النظام العام — طبقاً لشريعتهم »

وهذا النص يفترض أن الشرائع تتعدد فى مصر بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، ويضع قاعدة لتحديد الشريعة واجبة التطبيق .

وتعتبر صياغة النص على هذا النحو معيبة لأن القانون أصبح موحداً . كما سبق أن أوضحنا ذلك ، فى معظم مسائل الأحوال الشخصية ، ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية دون توحيد سوى علاقات الأسرة .

فاذا طبقنا نص المادة السادسة تطبيقاً حرفياً ، أدى ذلك إلى تطبيق الشرائع الدينية المختلفة على مسائل توجد بالنسبة لها قوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وهو ما يخالف النظام القانونى فى مجموعه .

ولهذا ينبغى أن يؤخذ النص السابق على أنه يضع قاعدة لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق على علاقات الأسرة فقط وهى التى لم يصدر بشأنها قانون موحد ، وليس على مسائل الأحوال الشخصية فى مجموعها .

وطبقاً لهذا النص فان غير المسلمين تسرى عليهم شريعتهم الدينية إذا كانت لهم جهة قضائية معترف بها من الدولةوقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، واتحد الخصوم فى الديانة والملة والطائفة ، ولم تتعارض أحكام شريعتهم مع النظام العام فى مصر .

والوقت الذى يعتد فيه باتحاد الديانة والملة والطائفة ، هو وقت رفع الدعوى . ولا يعتد بأى تغيير لاحق على رفع الدعوى الا إذا كان إلى الاسلام (م ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

وعلى هذا النحو فان زواج المسيحيين — وقد انحصر فى هؤلاء اصطلاح غير المسلمين ، لانعدام وجود اليهود بمصر تقريباً فى الوقت الحاضر — يخضع إذا تحققت الشروط السابق ذكرها لاحكام الشريعة المسيحية ، بحسب الملة والطائفة التى يتبعها أطراف النزاع .

ولكن اذا تخلف أحد هذه الشروط ، وهو ما يحدث كثيراً فى الواقع لأن المسيحيين لايراعون كثيراً فى زواجهم شروط الاتحاد فى الملة والطائفة . فان الشريعة المسيحية لا تطبق ، بل تطبق الشريعة الاسلامية .

فاذا كان الزوج أرثوذكسياً والزوجة بروتستنتية بما يتحقق معه الاختلاف فى الملة ، أو إذا كان الزوج قبطياً أرثوذكسياً ، وكانت الزوجة من الروم الارثوذكس بما يتحقق معه الاختلاف فى الطائفة ، حق للزوج أن يطلق زوجته بارادته المنفردة كما يفعل الزوج المسلم ، ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ، وعلى خلاف ما هو مقرر فى كل المذاهب المسيحية لأن الشريعة الاسلامية هى التى تسرى فى هذه الحالة (١) .

وأكثر من ذلك من الممكن أن يتزوج الرجل المسيحى أكثر من امرأة وتتعدد زوجاته فى الحدود المسموح بها فى الشرعة الاسلامية ، إذا تزوج من غير ملته أو طائفته .

ويعتبر الزواج الثانى صحيحاً لأن الشريعة الواجبة التطبيق هى الشرعة الاسلامية ، وكما يجوز للمسلم أن يتزوج أكثر من امرأة واحدة يجوز للمسيحى بتطبيق الشريعة الاسلامية عليه أن يتزوج أكثر من واحدة .

ويخلص مما سبق أن زواج المسيحيين فى مصر تسرى عليه الشريعة المسيحية بالنسبة لبعضهم ، وتسرى عليه الشريعة الاسلامية بالنسبة للبعض الآخر .

---

(١) حسب التفسير الذى أعطته محكمة النقض لنص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهونص لا زال حكمه قائما حتى الآن ، وهويقرر عدم سماع « دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » ، أن المقصود به هم الكاثوليك وحدهم ، أما إذا لم يكن أحد الزوجين كاثوليكيا ، جاز للزوج المسيحى أن يطلق زوجته المسيحية بارادته المنفردة حسب أحكام الشريعة الاسلامية إذا اختلف الزوجان فى الطائفة أو الملة . ويتحقق هذا فى الأمثلة التى ذكرناها فى المتن . (أنظر ثلاثة أحكام لمحكمة النقض بجلسة ٦ فبراير ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ١٤ ، ٢١٠ وما بعدها) .

٥ — الحاجة إلى صياغة تشريعية جديدة :

يظهر من الاستعراض السابق أن الأمر يحتاج إلى اصلاح ، وهو اصلاح يتعلق بالصياغة أساساً . فالقانون يتكون من جوهر وشكل حسب تعبير أرسطو ، أو من علم وصياغة حسب تعبير «جنى» ، أو من سياسة قانونية وصياغة قانونية، حسب تعبير «دبان» . ورجل القانون لا يكون له اختصاص أصيل الا بالنسبة لشكل القانون وصياغته ، أما بالنسبة لجوهر القانون فلا يزيد دوره على دور المواطن العادى .

وإذا كان جوهر القانون هو العدل ، أو هو انطباعات الانسان عن العدل حسب ما تمليه حقائق الحياة الطبيعية والتاريخية والعقلية فى مجتمع معين ، أو هو فكرة العدل كما ينتهى اليها الصراع السياسى والاقتصادى والاجتماعى لكل قوى المجتمع ، فان دور رجل القانون فى هذا الصراع لا يتخطى دور المواطن العادى ، ورجل القانون من حقه بطبيعة الحال أن يدافع عن بعض الأفكار الاجتماعية أو السياسة أو الاقتصادية وأن يطالب بترجمتها فى صورة قانون من قوانين الدولة ، ولكنه لا يفعل ذلك بما له من خبرة ودراسة قانونية ، ولكن بما له من حق المواطن فى كل مجتمع سياسى منظم ، ولهذا فهو لا يدعى على غيره امتيازاً فى هذا المجال .

أما إذا انتهى تفاعل القوى المختلفة إلى فكرة معينة تمثل جوهر القانون فى المجتمع ، وأنه لابد من التعبير عنها فى قاعدة قانونية ، فهنا تظهر الحاجة إلى رجل القانون ، ويظهر اختصاصه الأصلى الذى لا يشاركه فيه المواطن العادى .

واختصاص رجل القانون هو التعبير عن جوهر القانون فى قاعدة قانونية . والتعبير عن جوهر القانون أو ترجمته فى قاعدة تشريعية ، هو ما يسمى بالصياغة القانونية ، وهى تحتاج إلى خبرة ودراسة .

والصياغة القانونية الناجحة هى التى تعبر بصدق عن جوهر القانون ،

ولا تخون قصد المشرع . وبقدر المطابقة بين الفكرة التى سادت فى المجتمع ، وبين القاعدة التى أعلنت للتعبير عنها ، بقدر ما تكون الصياغة ناجحة .

ونحن إذ نطالب باصلاح تشريعى فى قانون الأسرة ، فمطالبتنا تتعلق أساساً بصياغة النصوص وهو المجال الوحيد لتخصصنا .

والصياغة الحالية معيبة لأنها لا تعبر عن جوهر القانون ، ولا تكشف عن قصد المشرع بالنسبة لنظام الأسرة .

ويكفى للتدليل على أن الصياغة الحالية لا تكشف عن قصد المشرع ، التساؤل عما إذا كان المشرع قد قصد التوحيد بحيث تطبق شريعة واحدة هى الشريعة الاسلامية على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، أم أنه أراد التعدد بحيث تسرى على كل طائفة دينية شريعتها الخاصة . ودراسة النصوص الموجودة لا تعطى جواباً أكيداً على هذا التساؤل . فالنصوص الحالية لا تقيم نظاماً موحداً ، وفى نفس الوقت هى لا تأخذ بالتعدد .

النصوص الحالية لا تتعدد فيها الشرائع بحسب الديانة ، بحيث تسرى على كل طائفة دينية أحكام شريعتها الخاصة ، لأنه لو أراد المشرع ذلك لما وضع نصوصا تؤدى إلى تطبيق الشريعة الاسلامية على زواج المسيحيين فى كثير من الحالات . وقد رأينا أن الزوج المسيحى حسب النصوص الموجودة يستطيع أن يطلق زوجته بارادته المنفردة كما يفعل المسلمون حسب شريعتهم رغم أن شريعته أو شريعة زوجته لا تعرف مثل هذا الطلاق . ورأينا أن منطق النصوص يسمح للزوج المسيحى بأن يتزوج مرة أخرى فتتعدد زوجاته لا فرق بينه وبين الزوج المسلم وتطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين بهذا الشكل يحدث على نطاق واسع لأنه معلق بأمر بسيط يحدث كثيراً فى العمل وهو اختلاف الطائفة أو الملة ، حيث لا يراعى المسيحيون فى زواجهم اتحاد الطائفة والملة ، وحيث يجوز تغيير الطائفة أو الملة إذا دعى الأمر إلى ذلك .

ولهذا ليس صحيحاً القول بأن المسيحيين يخضعون لشريعتهم الخاصة فى علاقات الأسرة لأنهم يخضعون فى الواقع للشريعة الاسلامية ، وعلى نطاق واسع ، وفى المسائل التى تختلف فيها شريعتهم اختلافاً جوهرياً مع الشريعة الاسلامية .

وبناء على ذلك فليس صحيحاً القول بأن نظام الأسرة تتعدد بشأنه الشرائع وأن كل طائفة دينية تسرى عليها شريعتها الخاصة .

ومن ناحية أخرى ليس صحيحاً القول بأن نظام الأسرة تحكمه شريعة واحدة هى الشريعة الاسلامية . فتسرى على المسلمين وعلى غيرهم ، لأنه بحسب ظاهر النصوص فان غير المسلمين تسرى عليهم شريعتهم الدينية إذا توافرت شروط معينة ، وهى شروط تتوافر فى العمل مما يؤدى إلى تطبيق الشرائع الخاصة على غير المسلمين فعلا .

ولذلك لا تؤدى النصوص إلى تعريف النظام الذى اراده المشرع وهل هو تعدد الشرائع أم شريعة واحدة وهى الشريعة الاسلامية .

والنصوص الموجودة ترسم صورة يبدو فيها المشرع وقد وضع نظاماً تتعدد فيه الشرائع فى الظاهر ، ولكن تسرى شريعة واحدة هى الشريعة الاسلامية على جميع المصريين كلما أمكن ذلك . والنصوص الموجودة هى التى أوحت إلى الفقه بالقول بأن الشرائع غير الاسلامية تطبق بصفة استثنائية وأنه إذا لم تتوافر شروط تطبيقها ، طبقت الشريعة الاسلامية على غير المسلمين باعتبارها شريعة القانون العام .

ولكن ما هى الصفة الاستثنائية التى دعت إلى تطبيق شريعة غير المسلمين عليهم ؟ هل يمثل غير المسلمين قوة اجتماعية أو سياسية كالأجانب فى عهد الامتيازات أجبرت المشرع على استثنائهم من شريعة القانون العام فى الظاهر مع تطبيق هذه الشريعة عليهم كلما وجد إلى ذلك سبيلا ؟

الاجابة على هذا السؤال هى النفى بالتأكيد ، فالمشرع لم يضطر لأى سبب اجتماعى أو سياسى أن يستثنى غير المسلمين من شريعة القانون العام ، لأنه لو أراد أن يطبق عليهم الشريعة الاسلامية ما وقف فى وجهة عائق . ولكن الصحيح أنه أراد أن يطبق على غير المسلمين شريعتهم الخاصة بصفة أصلية ، ولكن النصوص خانت أرادته بما يوحى بأن شريعة غير المسلمين تطبق استثناء من شريعة القانون العام ولا تسرى بصفة أصلية .

ولكن ربما يقال أن الصعوبة التى واجهت المشرع ليست سياسية أو اجتماعية ولكنها فنية ، لأنه عند اختلاف الطائفة أو الملة فأى الشريعتين تسرى ، شريعة الزوج أم الزوجة ؟ وتلافياً لهذه الصعوبة الفنية قرر المشرع سريان الشريعة الاسلامية كلما اختلف الخصوم ملة أو طائفة . ولكن هذه الصعوبة المقول عنها لا وجود لها حقيقة ، وكان المشرع يستطيع أن يستعين بقواعد القانون الدولى الخاص التى تواجه فروضاً مشابهة يختلف فيه الزوجان فى الجنسية ، ولم يقرر القانون الدولى الخاص فى مثل هذه الحالة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى مع تجاهل قانون الزوجين (١) . ولكنه جعل القانون الواجب التطبيق هو قانون كل من الزوجين إذا تعلق الأمر بالشروط الموضوعية لصحة الزواج ، وقانون الزوج فيما يتعلق بآثر الزواج ، وقانون الزوج وقت الطلاق فيما يتعلق بالطلاق ، وقانون الزوج وقت رفع الدعوى فيما يتعلق بالتطليق أو التفريق . وكان من الممكن نقل هذه الأحكام حرفياً ،فى التنازع الداخلى عند اختلاف الخصوم فى الملة أو الطائفة ، أى أنه بكل وضوح لم تكن هناك صعوبة فنية أضطرت المشرع إلى تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين عند اختلافهم فى الملة أو الطائفة . والواقع أنه لم تكن هناك صعوبة سياسية أو اجتماعية ، ولم تكن هناك صعوبة فنية قانونية ، اضطرت المشرع إلى وضع نصوص تسمح

---

(١) الاختلاف فى الملة أو الطائفة يعنى أن هناك تنازعا بين شريعتين مختلفتين . وحل هذا التنازع يكون بتحديد الشريعة واجبة التطبيق بين الشريعتين المتنازعتين ، وليس باستبعادهما معا ، وتطبيق شريعة ثالثة لا يرتبط بها النزاع أو أطرافه بأية علاقة .

بالقول بأن الشرائع تتعدد فى الظاهر ولكن هناك شريعة واحدة هى الشريعة الاسلامية تسرى فى حالات كثيرة على المسلمين وغيرهم ، أو تسمح بالقول بأن الشرائع تتعدد ولكنها رغم تعددها لا تطبق بصفة أصلية ولكن بصفة استثنائية .

والصحيح القول بأن النصوص الموجودة معيبة لأنها لا تكشف عن قصد المشرع ولا تقيم نظاماً يمكن تعريفه . ولهذا لابد من وضع نصوص جديدة تزيل هذا العيب وتكشف بوضوح عن سياسة المشرع فى هذا الشأن وهل هى التعدد أو التوحيد .

والاختيار بين التعدد والتوحيد أمر متعلق بجوهر القانون وسياسة التشريع ولذلك يترك الأمر فيه للارادة التشريعية ،وليست هناك أهمية لرأينا الشخصى فى هذا الاختيار لأن أى رأى نبديه لا يستمد قيمته من تخصصنا القانونى ولا يرجح لهذا السبب رأى المواطن العادى ، ولكننا ننبه فقط إلى أنه من وجهة الصياغة القانونية فلا تفاضل بين التوحيد والتعدد متى استقرت أرادة المشرع على أى منها .

والغالب ان ارادة المشرع تتأثر فى هذا الموضوع باعتبارات اجتماعية بحتة ، فليست هناك اعتبارات عقلية أو مثالية تؤثر فى الاختيار بين التعدد والتوحيد .

والمسألة لا تعدو أن تكون معرفة اتجاه المجتمع المصرى فى هذا الشأن ، وهل هو راغب فى التوحيد أم متمسك بالتعدد ، مع ملاحظة أن التوحيد سيؤدى ضرورة إلى الابتعاد عن بعض أحكام الدين فى علاقات الأسرة ، وهذا أمر حتمى لاننا إذا أردنا وضع قانون موحد يسرى على المصريين جميعاً رغم اختلافهم فى الديانة فلن يكون ذلك الا بالتجاوز عن بعض أحكام الأديان المختلفة فى سبيل الوصول إلى قواعد مشتركة .

ولذلك فالمسألة هى معرفة ما إذا كان المجتمع المصرى قد وصل إلى درجة يريد فيها تنظيم الأسرة دون تقيد أساسى بأحكام الدين أم لا ،

وهناك مجتمعات أخرى كثيرة لعلها أكثر المجتمعات فى العالم الآن ، لا تتقيد فيها أحكام الأسرة بأحكام الدين ، ويكفى فى هذا الاشارة إلى الدول الأوربية والأمريكية .

ولكن عدم التقيد بأحكام الدين لا يعنى التنكر لهذه الأحكام ووضع قواعد هدفها تحطيم الفكرة الدينية للزواج والأسرة . فهذا غير متصور الا فى المجتمعات التى تعمل على هدم الأديان صراحة . أما فى الدول الأوربية والأمريكية فان المشرع اعتبر تنظيم الأسرة مسألة قانونية تقوم قواعدها على أساس اجتماعى وعقلى ولو تعارض هذا مع بعض أحكام الدين . لأنه ليست من وظيفة المشرع دائماً أن يجبر الناس على طاعة دينهم ، بل تترك لهم حرية ذلك إذا أرادوا بحكم من ضميرهم .

وإذا افترضنا أن المجتمع المصرى يريد الآن قانوناً موحداً لأحكام الأسرة يسرى على المصريين جميعاً فهنا يظهر دور رجل القانون من جديد ليساعد المشرع على وضع الصياغة القانونية التى تعبر عن هذا الاتجاه .

٦ — الصياغة القانونية للتوحيد :

من الممكن وضع قواعد موحدة لنظام الأسرة بطريقتين مختلفتين :

الأولى أن توضع قواعد تؤخذ من الفكرة العقلية لنظام الزواج ، ومن التجربة المصرية فى علاقات الأسرة ، مع الاستهداء بالقواعد المشتركة التى نصت عليها الأديان المختلفة ومثل هذه القواعد ستؤدى إلى التضحية ببعض الأحكام الدينية سواء فى الشريعة الاسلامية أو فى الشرائع الأخرى . والملامح الرئيسية لهذا النظام ستكون غالباً فى جعل الزواج من حيث انعقاده عقداً مدنياً خالصاً لا ضرورة فيه لتدخل كاهن أو لعمل طقوس دينية خاصة ، وفى هذا تجاوز عن أحكام الشرائع المسيحية التى تعتبر الزواج سراً مقدساً لا يتم بغير كاهن وبغير طقوس دينية ، واقتراب من أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن .

وسيسمح فى هذا النظام بتعدد الزوجات ولكن مع تقييده بأن يكون باذن من القاضى . وسيسمح فيه كذلك بالطلاق مع تقييده بأن يكون أيضاً باذن من القاضى ، وفى هذه الأحكام تجاوز عن أحكام الشريعة الاسلامية حيث لا يتقيد فيها تعدد الزوجات أو الطلاق باذن من القاضى ، وتجاوز أيضاً للشرائع المسيحية حيث لا يسمح فيها بتعدد الزوجات أصلا ، ولا يسمح بعضها بالطلاق ولو باذن القاضى .

أما الطريقة الثانية فهى تطبيق الشريعة الاسلامية على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وفى هذه الحالة ستكون أحكام الأسرة دينية وليست عقلية ، ولن يتغير فيها الأمر شيئاً بالنسبة للمسلمين ، أما بالنسبة لغيرهم فستطبق عليهم أحكام دين آخر غير دينهم . ولا توجد طرق أخرى للتوحيد غير هاتين الطريقتين .

وإذا أردنا أن نعرف رأى المجتمع المصرى فى التوحيد بطريقتيه فالغالب اننا سنخرج بنتيجة سلبية . والسبب فى ذلك أن المجتمع المصرى يتمسك بأحكام دينه ويريد الاحتفاظ بالدين كأساس للزواج والأسرة .

فالطريقة الأولى للتوحيد تغضب المسلمين لأنها تقيد حقهم الدينى فى تعدد الزوجات وفى الطلاق ، وتغضب غير المسلمين ، لأنها تتجاوز عن المراسم الدينية اللازمة لصحة الزواج وتسمح بتعدد الزوجات .

أما الطريقة الثانية فهى لا ترضى غير المسلمين لأن الأسرة لن تنظمها أحكام عقلية وغير دينية فحسب ، ولكن أحكام دينية مستمدة من دين آخر غير دينهم ، وفى هذا الزامهم بممارسة غير دينهم فى زواجهم . وهذا مالا يرضى المسلمين بدورهم ، لأن شريعتهم تقوم على التسامح ولا يجبر على ممارستها من يدين بدين آخر غير الاسلام .

ولهذا يمكن القول أن المجتمع المصرى يرفض التعدد بصورتيه وذلك مع ذكر تحفظين .

١ — أن ما نراه من اتجاه المجتمع المصرى قد لا يطابق الواقع ، ولذلك فقد تكشف دراسة اجتماعية واحصائية كاملة عن اتجاه معاكس لما نلاحظه.

٢ — ان القانون لا يتبع المجتمع دائماً ، وأنه حتى فى نظام الأسرة حيث تسود الاعتبارات الاجتماعية قبل كل شيء آخر فمن المتصور أن تتجه ارادة المشرع اتجاهاً مخالفاً تفرض قواعده على المجتمع .

فاذا افترضنا عدم تحقق أى من التحفظين ، وأن المجتمع المصرى لا يريد التوحيد بصورتيه ، وأن المشرع لا يريد التجاوز عن اتجاه المجتمع المصرى فى هذا المجال ، فلن يكون أمامنا سوى قبول تعدد الشرائع فى علاقات الأسرة . وإذا استقرت ارادة المشرع على هذا فلابد من وضع نصوص تؤدى صياغتها فعلا إلى تعدد الشرائع .

٧ — الصياغة القانونية للتعدد :

من الممكن اقرار تعدد الشرائع التى تحكم الأسرة بطريقتين مختلفتين . الأولى أن يوضع قانون للمسلمين مستمد من الشريعة الاسلامية وأن يوضع قانون آخر للمسيحيين مستمد من الشريعة المسيحية . وكما توجد خلافات مذهبية فى الشريعة الاسلامية توجد خلافات مذهبية فى الشريعة المسيحية أيضاً . ولكن هذه الخلافات لا تتعلق بالأصول فى أى منها ، ولذلك من الممكن التوفيق بين المذاهب المختلفة ، وهذا ما فعله المشرع المصرى عندما وضع قانوناً للمواريث أو قانوناً للوصية ، ويمكن أن يتبع نفس الأسلوب فى قانون الأسرة أيضاً .

وإذا طلب إلى الكنائس المسيحية المختلفة وضع مشروع قانون موحد للمسيحيين جميعاً تصدره الدولة بعد ادخال ما تراه من تعديلات ، فالغالب أن رجال الدين المسيحيين سيصلون إلى اتفاق سهل على التوحيد فيما بينهم .

وفى مثل هذا النظام لن يعتد باختلاف الملة أو الطائفة بين الزوجين المسيحيين . وإذا تحول أحد الزوجين إلى الاسلام ، طبقت أحكام الشريعة

الاسلامية مراعاة لاعتبارات النظام العام ، وإذا كان الزوج هو الذى تحول أعطيت الزوجة الحق فى طلب فسخ الزواج .

وفى هذا النظام سيكون هناك ازدواج فقط للشرائع وليس تعدد لها .

أما الطريقة الثانية فهى اقرار اختلاف المذاهب المسيحية المختلفة والنص على أن تطبق على اتباع كل مذهب شريعتهم الخاصة ، وذلك مع ملاحظة ما يأتى :

١ – عدم الاعتداد اطلاقاً بالاختلاف فى الطائفة داخل كل مذهب أو ملة لأن الطائفة تعبر عن فكرة اجتماعية وتاريخية لا أهمية لها فى مجتمع له وطنية واحدة وجنسية واحدة . بل لعله من غير اللائق أن يعتد المشرع بأن مصرياً من أصل كلدانى أو سريانى أو مارونى ويرتب آثاراً قانونية على هذا الأصل ، خاصة وأن الشعب المصرى يتكون من تلاقى شعوب كثيرة بحكم الغزو والهجرة فى مراحل التاريخ المختلفة ، ومن المعروف أن كل الأجناس المختلفة فنيت فى المجتمع المصرى دون أن تفقده وحدته أو طبيعته الخاصة . فالاعتداد بالطائفة الاجتماعية هو اعتداد مما يجب اهماله فى ظل الوحدة القومية ، وهذا بخلاف الاعتداد بالدين حيث لا يمكن انكار الأديان المختلفة ، كما أن تعددها لا يؤثر فى الصفة الوطنية للفرد .

٢ – أن يعتد بالمذاهب الثلاثة الموجودة وهى الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية ، بحيث تكون لكل مذهب شريعته الخاصة التى تسرى على أتباعه .

٣ – أن ينص على تطبيق الشريعة الاسلامية إذا تحول أحد الزوجين إلى الاسلام ، مع اعطاء الزوج الآخر الحق فى التحلل من رابطة الزوجية ، وينطبق هذا فى حالة تحول الزوج أما إذا تحولت الزوجة فان الزواج يفسخ بقوة القانون إذا رفض الزوج أن يتبعها فى التحول . وتطبيق الشريعة الاسلامية فى حالة تحول أحد الزوجين إلى الاسلام يقتضيه النظام العام .

٤ — إذا اختلف الزوجان فى المذهب ، أو إذا حدث اختلاف لاحق على الزواج بسبب تحول أحدهما إلى مذهب آخر ، طبقت قواعد مشابهة لقواعد القانون الدولى الخاص فى حالة اختلاف الزوجين فى الجنسية . فيطبق قانون كل من الزوجين وقت الزواج ، على الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، ويطبق قانون الزوج عند الزواج على آثار الزواج . أما التطليق والتفريق فيسرى عليهما قانون الزوج وقت رفع الدعوى .

ومراعاة هذه الأصول يؤدى إلى وضع نظام تتعدد فية الشرائع حقيقة أما الوضع الحالى فلا يصح استمراره ، لأنه يقضى بالتعدد دون أن يضع قواعد اسناد مفصلة تحدد القانون الواجب تطبيقه من هذه الشرائع المختلفة. وهو يقضى بالتعدد ولكنه يؤدى إلى تطبيق شريعة واحدة هى الشريعة الاسلامية على المسلمين وغير المسلمين فى حالات كثيرة .

وليس أبلغ فى الدلالة على قصور النصوص الموجودة عن التعبير عن ارادة المشرع ، أن قاعدة الاسناد الوحيدة الموجودة تفترض أن هناك تعدداً فى أحكام الأحوال الشخصية مع أن الاصطلاح أصبح فى ذمة التاريخ ولم يعد يدل الآن على شيء .

أى أنه فى الوقت الذى كان يجب فيه على المشرع حصر التعدد فى علاقات الأسرة فقط مع تحليل هذه العلاقات إلى أنواع مختلفة ووضع قاعدة اسناد مستقلة لكل نوع منها (شروط موضوعية ، آثار ، طلاق ، تفريق الخ) وضع نصاً واحداً يجمع علاقات الأسرة التى تتعدد فيها الأحكام مع غيرها من المسائل التى لم تعد تتعدد فيها الأحكام ، وافترض أنها كلها تتعدد فيها الأحكام ، ثم وضع قاعدة لا تعبر عن التعدد ولا عن التوحيد .

٨ — خاتمة :

عرف القانون المصرى نظاماً قانونياً خاصاً لا مقابل له فى القوانين الأخرى هو نظام (الأحوال الشخصية » وقد نشأ هذا النظام بسبب

تعدد جهات القضاء وتعدد القوانين واجبة التطبيق . وكان تحديد المسائل التى تعتبر من الأحوال الشخصية له أهمية فى تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، سواء بالنسبة للأجانب أم بالنسبة للمصريين .

فبالنسبة للأجانب كان مظهر الامتيازات الأجنبية هو خضوعهم لقضاء خاص ، غير القضاء الوطنى ، وهو قضاء المحاكم المختلطة ، ومبالغة فى الامتيازات كانت هناك مسائل تتعلق بالشخص مباشرة ، لا تختص بنظرها المحاكم المختلطة ، بل المحاكم القنصلية التى يتبعها هذا الشخص . وبعد الغاء الامتيازات وفى فترة الانتقال ما بين ١٩٣٧/١٩٤٩ أصبحت المحاكم المختلطة هى المختصة بنظر هذه المسائل إلى جانب المحاكم القنصلية وكانت هذه المسائل تسمى الأحوال الشخصية . ولذلك كان هاماً تحديد مدلول هذا الاصطلاح لتحديد اختصاص المحاكم المختلطة أو القنصلية . ولم يكن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يخضع لاجتهاد علمى ، لأن الاصطلاح لا يقوم على أساس علمى ، ولكن المرجع فيه هو حكم القانون نفسه . وقد حدد القانون المسائل التى تعتبر من الأحوال الشخصية ويمكن تقسيمها إلى أربعة :

١ — الحالة والأهلية ٣ — المواريث والوصية

٢ — نظام الأسرة ٤ — الولاية والوصاية والقوامة .

وبعد الغاء الامتيازات الأجنبية وانتهاء فترة الانتقال أصبح القاضى الوطنى هو المختص بنظر هذه المسائل كاختصاصه بنظر المسائل المالية . ولهذا انعدمت فائدة هذا الاصطلاح سواء من حيث تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للمحكمة المختصة فهى دائماً المحكمة الوطنية سواء تعلق النزاع بالشخص أم بالمال ولذلك لم تعد هناك فائدة للقول بأن هذا النزاع يتعلق بالشخص أو بالمال ، ففى جميع الأحوال المحكمة المختصة واحدة لا تتغير .

وبالنسبة للقانون الواجب تطبيقه فان فكرة الأحوال الشخصية لم تعد لها فائدة أيضاً لأنها فكرة عامة تعبر عن علاقات متنوعة يختلف القانون بحسب كل نوع منها ولذلك لابد من تحديد نوع العلاقة على وجه الدقة لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، فتنبغى معرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج أم بآثار الزواج أم بالطلاق والتطليق والتفريق إلى غير ذلك . وكل هذه المسائل تدخل فيما يسمى بالأحوال الشخصية ، ومع ذلك فالقانون الواجب تطبيقه يختلف فى كل منها عن الآخرى . وبعبارة أخرى فان فكرة الأحوال الشخصية فى عمومها لا تصلح فكرة مسندة فى قواعد القانون الدولى الخاص ، وليس ممكناً على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للأجانب أصبحت الفكرة عديمة الفائدة سواء فى تحديد الاختصاص القضائى أو التشريعى .

وبالنسبة للمصريين كان لاصطلاح الأحوال الشخصية أهمية فى تحديد الاختصاص القضائى والقانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للاختصاص القضائى لم تكن المحاكم الوطنية تختص بنظر الأحوال الشخصية للمصريين ولكن بنظر علاقاتهم المالية فقط . وكانت المحاكم الشرعية هى التى تختص بنظرها بالنسبة للمسلمين ، والمحاكم الملية المتعددة بالنسبة لغير المسلمين . وقد صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية وتوحيد جهات القضاء بالنسبة للمصريين جميعاً فى مسائلهم المالية والشخصية على السواء . وبهذا أصبح القاضى الوطنى هو المختص بنظر المسائل المالية والعلاقات الشخصية فلم تعد للاصطلاح أدنى فائدة عملية فى تحديد المحكمة المختصة لأن المحكمة واحدة لا تتغير أيا كان نوع العلاقة شخصية أم مالية .

أما بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه فقد كان لهذا الاصطلاح فائدة أيضاً لأن المبدأ الذى ساد هو مبدأ تعدد الشرائع فى الأحوال الشخصية ، فتنطبق الشريعة الاسلامية على المسلمين ، والشرائع الخاصة على غير المسلمين

ولهذا كان يترتب على اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وهل هو الشريعة الاسلامية أم غيرها من الشرائع بحسب ديانة الخصوم . وقد زالت هذه الفائدة الآن بعد صدور قوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً فى معظم مسائل الأحوال الشخصية فأصبحت الأحكام موحدة فى مسائل الأهلية والحالة وكذلك الميراث والوصية وكذلك الولاية والوصاية والقوامة . ولم تبق سوى مسألة واحدة لازالت تتعدد فيها الشرائع بحسب الظاهر هى علاقات الأسرة .

ولهذا لم يعد صحيحاً القول أن الشرائع تتعدد فى الأحوال الشخصية أو أن القانون الذى يسرى على الأحوال الشخصية يختلف بحسب ديانة الخصوم . وأصبح من الممكن فقط القول بأن ما بقى من مسائل الأحوال الشخصية ولم يصدر بشأنه قانون موحد ، تتعدد فيه الشرائع .

وعبارات ما بقى من مسائل الأحوال الشخصية أو بعض مسائل الأحوال الشخصية ، عبارات مجهلة لا يمكن استخدامها فى تحديد القانون الواجب تطبيقه . وإذا لوحظ أن ما بقى من مسائل الأحوال الشخصية خاضعاً لمبدأ التعدد أصبح محصوراً فى مسائل محددة هى علاقات الأسرة ، أصبح لازماً الاستغناء عن اصطلاح الأحوال الشخصية فى تحديد القانون الواجب تطبيقه على المصريين ، والاقتصار فقط على استخدام اصطلاح الأسرة فهو وحده الذى تختلف فيه الأحكام بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين حسب ظاهر نصوص القانون .

فكأن اصطلاح الأحوال الشخصية أصبح عديم الفائدة بالنسبة للمصريين أيضاً سواء بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائى أو الاختصاص التشريعى .

وإذا كان الاصطلاح قد فقد فائدته العملية ، فهو عديم القيمة أيضاً من الناحية النظرية أو المدرسية . وذلك مع ملاحظة وجود اصطلاح آخر له قيمة نظرية فى تقسيمات كتب الفقه وهو اصطلاح الاشخاص . ولكن اصطلاح الأشخاص يعبر عن نظرية الشخصية القانونية أو الشخص

القانونى ولذلك فهو يمتد إلى الشخص الطبيعى والشخص المعنوى ، وان كان بالنسبة للشخص الطبيعى يجمع بعض الموضوعات التى كانت تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية . ولذلك يمكن من الناحية المدرسية الاحتفاظ باصطلاح الأشخاص مع ملاحظة الاختلاف بينه وبين اصطلاح الأحوال الشخصية .

وإذا كان هناك موضوع تختلف فيه الأحكام بالنسبة للمسلمين عن غير المسلمين فهو موضوع الأسرة . والمبدأ الذى يسود حتى الآن من حيث الظاهر هو مبدأ تعدد الشرائع فى نظام الأسرة . وقد عبر المشرع عن هذا التعدد فى قاعدة ورد النص عليها فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى أحالت فى مسائل الأسرة إلى شريعة الخصوم .

وقد جاءت صياغة هذا النص معيبة من كل وجه .

فهو أولا يقرر تعدد الشرائع بالنسبة للأحوال الشخصية ويحيل إلى قانون الديانة رغم أن اصطلاح الأحوال الشخصية أصبح من التاريخ ولم يعد صحيحاً أن الشرائع تتعدد بالنسبة لكل مسائلة بل فى بعضها فقط وهى علاقات الأسرة بالذات .

فاذا تجاوزنا عن هذا العيب فى الصياغة ، فان النص لا يحدد مع ذلك ما إذا كان المبدأ المأخوذ به فى نظام الأسرة هو تعدد الشرائع أم توحيدها ، لأنه بالنسبة لغير المسلمين تنطبق عليهم شريعتهم فى حالات وتنطبق عليهم الشريعة الاسلامية فى حالات أخرى وذلك بحسب توافر أو تخلف شروط لا تعبر عن اختلاف حقيقى ، كاختلاف فى الملة أو تعبر عن صفة ليس من اللائق ابرازها وترتيب أثر قانونى عليها ، وهى الأصل الاجتماعى والتاريخى للفرد وهو ما يعبر عنه بالطائفة .

ولهذا لا يمكن القول أن النظام هو تعدد الشرائع وأن غير المسلمين تسرى عليهم شريعتهم الدينية ، لأنه فى كثير من الأحيان تطبق عليهم

الشريعة الاسلامية فى الأحكام التى تختلف فيها اختلافاً جوهرياً مع شرائعهم الخاصة ، ومثال هذا الطلاق . فقد أصبح من الجائز للزوج المسيحى أن يطلق زوجته المسيحية بارادته المنفردة ، كما هو الحكم بالنسبة للزوج المسلم .

وكذلك فان منطق النصوص يسمح للزوج المسيحى بتعدد الزوجات لأنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية فهى تطبق حتى على الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

ومن ناحية أخرى لا يمكن مع هذه النصوص القول بأن المبدأ هو وحده القانون وأن الشريعة الاسلامية تسرى على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، لأنه بحسب ظاهر النصوص فان الشريعة الدينية لغير المسلمين تسرى عليهم عند توافر شروط معينة ، وهى تتوافر فى العمل فعلاً .

ولعل المجتمع المصرى لا يسمح حتى الآن بتوحيد الاحكام فى نظام الأسرة . ولعل المشرع قصد بالفعل تعدد الشرائع فى هذه العلاقات ، ولكن النصوص تجاوزت قصده ، والعيب فى التشريع هو عيب فى الصياغة لابد من اصلاحه .

وتعدد الشرائع لا يقوم بغير قواعد اسناد تفصيلية تواجه علاقات الأسرة المختلفة ، ويمكن عند وضعها الاستعانة بقواعد القانون الدولى الخاص فى هذا الشأن .

وإذا كانت هناك صياغة خاصة تؤدى إلى التوحيد ، وصياغة أخرى تؤدى إلى التعدد ، فأى منهما لا تفضل الأخرى الا بقدر صدقها فى التعبير عن ارادة المشرع .

على أنه إذا كان لابد من كلمة أنصاف للقانون رقم ٤٦٢ لسنة **١٩٥٥** فهى أنه وحد جهات القضاء ، وكان هذا هو الغرض الأساسى منه ، فاذا جاء به قصور فى تحديد القانون الواجب التطبيق ، فلأنه لم يضع هذا فى اعتباره الأول ، ولا زالت الفرصة قائمة أمام اصلاح تشريعى جديد يحدد بدقة القانون الواجب تطبيقه على علاقات الأسرة أو يوحد القواعد بشأنها .

التعليق على الأحكام

« ضرائب »

الضريبة على أرباح المهن غير التجارية — تكاليف الايراد فى حالة عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات

للاستاذ الدكتور محمود رياض عطيه

أستاذ المالية العامة بالكلية

تستلزم بعض المهن غير التجارية انفاق مبالغ تتجاوز حدود المصاريف الادارية المتعارف عليها والتى تشترك فيها جميع هذه المهن . فمهنة التصوير تستلزم بطبيعتها انفاق تكاليف تشغيل لشراء القماش أو الورق اللازم للرسم على الكارتات ، وبويات وفرش ، وهى أشياء مرتفعة الثمن ، ينبغى خصمها من ايراد الممول الاجمالى باعتبار انها ليست ايراداً حقيقياً ، إذ الايراد فى صدد هذه الضريبة هو الايراد الذى يحصل عليه الممول مقابل عمله الشخصى الذهنى ، ولا يدخل فيه مصاريف التشغيل ، ومصاريف التشغيل هذه ليست المصاريف المعنية فى المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على ايرادات رءوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمقدرة حكماً بواقع ٢٠٪ من الايراد . إذ أن هذه المصاريف الأخيرة هى « المصاريف الادارية » التى يشترك فيها جميع ممولى هذه الضريبة ، وفرق كبير بينها وبين نفقات التشغيل إذا كانت المهنة تستلزم ذلك ، كما هو الحال فى مهنة التصوير ، ويتعين خصمها بالاضافة إلى خصم نسبة الـ ٢٠٪ التى نصت عليها المادة ٧٣ المشار اليها (حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة السادسة التجارية ، فى الاستئناف رقم ٢١٥ لسنة ٢٢ قضائية تجارية ، بتاريخ ٥ مايو سنة ١٩٦٧ . وكانت مشكلة برئاسة الأستاذ أحمد سعيد ناصر ، رئيس الدائرة ، وعضوية المستشارين الأستاذين يحيى عبد العزيز وعبد الخالق يوسف) .

الوقائع : قدرت مأمورية ضرائب العطارين ثالث صافى ربح ممول عن نشاطه فى مهنة التصوير فى كل من السنوات ١٩٥٨ إلى ١٩٦٠ بمبلغ ٥٧٦ جنيهاً ، وإذ لم يقبل الممول هذا التقدير أحيل الخلاف إلى لجنة الطعن التى أصدرت بتاريخ ١٩٦٤/٩/٢٥ قراراً قضى بتخفيض صافى ارباح الممول فى كل من سنتى ١٩٥٨ و ١٩٥٩ إلى مبلغ ١١٠ جنيهاً وفى سنة ١٩٦٠ إلى مبلغ ١٧٩ جنيهاً . فطعنت مصلحة الضرائب فى هذا القرار أمام محكمة الاسكندرية الابتدائية ، وتقيد طعنها برقم ٩٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، طالبة الحكم بقبوله شكلا وفى الموضوع بالغاء قرار اللجنة المطعون فيه والقضاء بتأييد تقديرات مأمورية الضرائب لأرباح الممول فى كل من سنوات النزاع بمبلغ ٥٧٦ جنيهاً مع الزامه المصروفات ومقابل أتعاب المحاماه ، وأسست طعنها على أن ماذهبت اليه اللجنة فى قرارها من خصم نسبة ٤٥٪ من الايراد مقابل مصاريف التشغيل مخالف للقانون ، ذلك ان المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ نصت على أنه فى حالة عدم وجود حسابات منتظمة ومؤيدة بالمستندات تقدر المصروفات جزافاً بخمس الايرادات ، وانه لما كان الممول ينطبق عليه هذا الحكم فضلا عن أنه لا يتحمل أية مصروفات ادارية لما هو ثابت من أنه موظف ويتخذ من مركز الشركة التى يعمل بها مقراً له ، ومن ثم فانه يكفى فى هذه الحالة تقدير نسبة المصاريف بواقع ٢٠٪ وخصمها من الايراد بصفة مصاريف عمومية وادارية .

وطلب الممول رفض الطعن وتأييد قرار اللجنة المطعون فيه . وبعد أن عرضت محكمة أول درجة لدفاع الطرفين وما قدمه كل منهما من أسانيد قضت بجلسة ١٦ اكتوبر سنة ١٩٦٥ بقبول الطعن شكلا وفى الموضوع بالغاء قرار اللجنة المطعون فيه ، وتأييد تقديرات المأمورية لارباح الممول عن سنى النزاع والزمته المصروفات ومبلغ مائة قرش مقابل أتعاب المحاماة . وأسست قضاءها على أن الثابت من استقراء نص المادتين ٧٣و٧٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن المشرع قد فرق بين حالتين : الأولى حالة عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات لدى الممول ، وفيها تقدر المصاريف

جزافاً بخمس الايرادات ، والثانية حالة امساك الممول لدفتر اليومية مؤشراً على كل صفحة منه من مأمورية الضرائب ، وتقييده فيه يوماً بيوم الايرادات والمصاريف ، وفيها تقدر المصاريف من واقع الدفاتر المنتظمة المؤيدة بالمستندات التى تثبت صحة القيود الواردة بها . ولم يفرق المشرع بين دلالة كلمة «التكاليف» وكلمة «المصاريف» ، فهما مرادفان لمعنى واحد ، ولهذا فان لجنة الطعن بخصمها ٤٥٪ مقابل التكاليف واجبة الخصم ، و ٢٠٪ مقابل المصاريف الادارية تكون قد طبقت القانون تطبيقاً غير سائغ يتعين معه الغاء قرارها وتأييد تقديرات مأمورية الضرائب .

طعن الممول على هذا الحكم بالاستئناف وطلب بصحيفته المعلنة فى ٣ مايو سنة ١٩٦٦ قبوله شكلا وفى الموضوع بالغاء الحكم المستأنف وتأييد تقديرات لجنة الطعن فيما تضمنه من خصم ٤٥٪ من الايراد مقابل مصاريف التشغيل والتكلفة فى سنى النزاع مع الزام مصلحة الضرائب المصروفات عن الدرجتين ومقابل أتعاب المحاماة واستند فى ذلك إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تفيد وجوب التفرقة بين ايرادات الممول الاجمالية والايراد الخاضع للضريبة ، وان الأخير هو الايراد الصافى بعد استنزال كافة مصاريف التشغيل والتكاليف اللازمة لمباشرة المهنة ، وان مرد ذلك أن بعض المهن تستلزم مصاريف تشغيل تستهلك ٧٠٪ من الايراد أى أن الايراد الذى يحصل عليه صاحب المهنة يشمل مبالغ كبيرة انفقت لتشغيل الأعمال التى يقوم بها ، فالرسام يقتضى عمله شراء أقمشة وورق وبويات لاستعمالها فى الرسم وهى مواد ذات قيمة كبيرة إذا قيست بجانب اللوحة التى يقوم برسمها وانه يجب لذلك خصم هذه التكاليف باعتبارها مصاريف تشغيل ، وتحديد نسبة المصاريف بواقع ٢٠٪ التى نص عليها المشرع بعد خصم مصاريف التشغيل لأن الباقى هو الايراد الفعلى الخاضع للضريبة .

وطلبت مصلحة الضرائب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف تأسيساً على أنه فى مجال تطبيق أحكام المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩

لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التكاليف اللازمة لمباشرة المهنة والمصروفات العمومية ، وان المصاريف لا تعنى سوى التكاليف اللازمة لمباشرة المهنة ، وهذه عند اطلاقها لا تعنى سوى المصروفات ، وعلى أن المستأنف لا يمسك دفاتر ولا يحتفظ بمستندات ، ومن ثم فقد وجب تقدير المصروفات جزافاً بخمس الايراد عملا بنص المادة ٧٣ المشار اليها .

ولم تأخذ محكمة الاستئناف بوجهة نظر مصلحة الضرائب بل أخذت بوجه نظر الممول ، ورأت انه لاجدال فى أن الايراد الاجمالى الذى يحصل عليه الممول من نشاط مهنة التصوير الحرة ، التى تستلزم بطبيعتها انفاق تكاليف للتشغيل لشراء أقمشة وورق وفرش وألوان لاستعمالها فى الرسم وهى مواد ذات قيمة كبيرة إذا قيست بجانب اللوحة التى يقوم برسمها ، يجب أن يخصم منه هذه التكاليف لأنها ليست فى واقع الأمر ايراداً حقيقياً . إذ الايراد فى صدد هذه الضريبة هو الايراد الذى يحصل عليه الممول مقابل عمله الذهنى ، ولا يدخل فيه مصاريف التشغيل ، ومصاريف التشغيل هذه ليست المصاريف المعنية فى المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ والمقدرة حكماً بواقع ٢٠ ٪ من الايراد إذ أن هذه المصاريف الأخيرة هى المصاريف الادارية ، التى يشترك فيها جميع ممولى ضريبة المهن الغير التجارية ، وفرق كبير بينها وبين نفقات التشغيل إذا كانت المهنة تستلزم ذلك كما هو الحال فى مهنة التصوير التى يمارسها المستأنف . وقضت بناء على ذلك بأن محكمة أول درجه ، وقد خالفت هذا النظر ولم تأخذ بقرار لجنة الطعن القاضى بخصم نسبة ٤٥٪ من اجمالى الايراد كمصاريف لازمة للتكلفة على هذا الايراد علاوة على نسبة ٢٠٪ المقدرة حكماً ، يكون قد جانبها الصواب مما يتعين معه القضاء بالغاء حكمها وتأييد قرار لجنة الطعن فى هذا الخصوص .

التعليق : تنص المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديله بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على أن : «تحدد الضريبة سنوياً على أساس مقدار الارباح الصافية فى بحر السنة السابقة ويكون تحديد صافى الارباح على أساس نتيجة العمليات على اختلاف أنواعها التى باشرها الممول بعد

خصم جميع «التكاليف» اللازمة لمباشرة المهنة ما عدا الضريبة على أرباح المهن غير التجارية التى يؤديها طبقاً لهذا القانون» .

«وفى حالة عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات تقدر «المصروفات» جزافاً بخمس الايرادات».

ولما كانت بعض المهن غير التجارية تستلزم مزاولتها استعمال مواد قد تفوق قيمتها قيمة جهد الممول كما هو الحال فى المصور الذى يستعمل أقمشة وأوراق وبويات ومواد أخرى مرتفعة الثمن ، هذا إلى أن العميل قد يأتى بهذه المواد ويسلمها للمصور أو يأتى بها المصور فان بعض الكتاب رأى وجوب التفرقة بين التكاليف اللازمة للتشغيل والمصاريف الادارية والعمومية وان نسبة الـ ٢٠٪ التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٧٣ المشار اليها انما تنصرف إلى المصاريف الادارية والعمومية التى يشترك فيها جميع ممولى هذه الضريبة ، ووجد فى نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٣ ما يعين على هذا التفسير إذ أن المشرع باستعماله كلمة «التكاليف» فى الفقرة الأولى و«المصروفات» فى الفقرة الثانية ، والأولى أعم من الثانية إذ تشمل «مصاريف التشغيل» إلى جانب المصاريف الادارية والعمومية ، بينما لا تشمل الثانية سوى المصروفات الادارية والعمومية دون مصاريف التشغيل يكون قد أوضح أن مصاريف التشغيل لاتدخل ضمن الـ ٢٠٪ . وعلى ذلك فان المساواة بين من لديه حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ، وبين من ليست لديه حسابات منتظمة تستلزم استبعاد «مصاريف التشغيل» قبل خصم نسبة الخمس المشار اليها . فاذا قام مؤلف بالانفاق على طبع كتابه بنفسه ، ولم تكن لديه حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ، تطبق نسبة الخمس بعد خصم ثمن الورق وأجرة الطبع والتجليد من الايرادات باعتبارها مصاريف تشغيل (١) . كذلك الحال بالنسبة لأصحاب معاهد التعليم الحر المخولة عن المدة من أول يناير سنة ١٩٥١ إلى ١٩ اكتوبر سنة ١٩٥١ ، التى كانت خاضعة

(١) أنظر كتاب «الوسيط فى تشريع الضرائب» للكاتب ، دار المعارف ، مصر ، سنة ١٩٦٩ ، ص ٧٤٨ .

خلالها للضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المشار اليه ، تعتبر مرتبات المدرسين «مصاريف تشغيل» يجب خصمها من الايرادات الاجمالية ، قبل الوصول إلى مجمل الربح ، عند عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ثم يخصم بعد ذلك من مجمل الربح مقابل المصروفات الادارية والمصروفات العمومية تطبيقاً للفقرة الثانية . ورأى فريق آخر من الكتاب انه لافرق بين «التكاليف» الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٧٣ وبين «المصروفات» الواردة فى الفقرة الثانية منها وان المقصود منهما واحد هو خصم جميع المصاريف التى تستلزمها مباشرة المهنة ويعزز رأيه بمنطوق المادة ٧٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وبأن ورود كلمة «المصروفات» فى الفقرة الثانية بعد كلمة «التكاليف» فى الفقرة الأولى ما هو الا احتياط من المشرع حتى يكون الخصم شاملا جميع المصاريف التى تستلزمها مزاولة المهنة ، وقد أخذ مجلس الدولة بهذا الرأى الأخير فى فتوى له برقم ٢٥٥٧/٥٢/١٨٣ بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٥٧ . كما أخذت به مصلحة الضرائب فى تعليماتها التفسيرية رقم «١» للمادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بتاريخ مارس سنة ١٩٥٧ .

والرأى الأول الذى أخذت به محكمة استئناف الاسكندرية أدنى إلى تحقيق العدالة وأقرب إلى روح القانون من الرأى الثانى ، لأن الاكتفاء بخصم الـ ٢٠٪ من الايراد الاجمالى يجعل الضريبة تسرى فى مثل الحالة موضوع التعليق ، على مبالغ ليست فى الحقيقة ايراداً للممول فى حين أن الضريبة مفروضة على الايراد الصافى له .

تم ، بعون الله وتوفيقه ، طبع هذه المجلة بالهيئة العامة
الكتب والاجهزة العلمية ، مطبعة جامعة الاسكندرية
فى يوم الأربعاء ١٨ يناير ١٩٧٠

محمد يوسف البساطى
مدير المطبعة

REFERENCES

Coley, W. B., and Houguet., J. P. (1918) : Operative Treatment of Hernia,A Consideration of 8589 Cases of Hernia Treated by Radical Operation. Ann. Surg., 62.5255.

Imbert, Leon. (1939) : Accident du travail, 3d ed., Paris, Masson et Cie.

Kessler, H. H. (1941) : Accidental Injuries, 2d ed., Philadelphia, Lea & Febiger.

Loyal, D, (1957) : Christopher's Textbook of Surgery, Philadelphia & London, Saunders Co.

Mock, Harry E. (1919) : Industrial Medicine and Surgery, Philadelphia, Saunders Co.

Ribero, L. (1925) : Hernia as an Industial Accident. Prazil-med., 39 : 311.

so other different factors should always be taken in consideration. If these factors too kplace because of and in the course of employment resulting in the development of a hernia has to be considered an idu-strial injury and compensable. These factors have to be fully investiga-ted in every case by itself, and a through clinical examination should not be missed.

from routine work but after a certain force. The general legislation in the U.A.R. is that the assailant is responsible of the sequences of the injuries caused, despite the constitutional abnormalities of the victim.

2. *Accidental Hernia* :

It is the type of hernia that is caused by extreme muscular effort, and this effort or force could be :

a) *Sudden and severe* : That is an unusual effort sudden and beyond the routine work or the workman is in an unfavourable position. The claimant received such a force suddenly and beyond his capacity and he had to keep it. The sudden increase of his intra-abdominal pressure will lead usually to a hernia in the weakest point i.e. the inguinal region. It is an aetiological base of a direct inguinal hernia.

b) *Steady and severe* : The force is usually beyond the capacity of any labourer as carrying, pushing or pulling heavy weights i.e. repeated and steady surges of increased intra-abdominal pressure. The shutter action of the abdominal inguinal ring and the inguinal canal may be in an improper way and it will give a hernia. Usually it occurs-not during the active years but suddenly develops in old age.

3. *Occupational Hernia* :

The force in this type of hernia could be sustained by more physically developed people and with proper strong abdominal muscles. Such labourers are engaged in a type of work beyond their capacity and usually not accustomed to physical effort day after day. It could be attributed for example, to that the posterior inguinal wall, i.e. the transversus abdominis aponeurosis with its investing fascia is not of proper strength and he may develop a direct hernia. Such a hernia will develop during the routine work, and is tender and accompanied with pain. The claimant usually of a young age and physically not well built.

In conclusion, other than a direct trauma to the abdominal wall causing a direct injury to the abdominal wall, the surgeon believes that there is always a weak point in this development of the abdominal wall or the inguinal canal predisposing to a hernia formation. No two persons are completely identical in their constitution and development,

character without which the hernia should not be considered an industrial accident. These signs are rather signs of strangulation or of an irreducible hernia but when the hernia is reducible the pain is usually bearable. So one should accept pain in the groins, unrelated to its severity, as a characteristic sign of industrial hernia; if the pain is very severe immediate operation is indicated for fear of strangulation.

Cases in which the claimant felt pain in the neck in addition to pain the groins showed no tender spots in the neck, i.e. a reflex manifestation. In the author's opinion, it may be due to an injury to the diaphragm; an open point for further investigation.

The author believes that a hernia clearly recent in orgin, accompanied by pain resulting from a strain, arising out of and in the course of employment and promptly reported to the employer and police is an occupational hazard and is compensable. So the author suggests a classification, according to the nature of the causative factors and other factors discussed before.

1. *Traumatic Hernia* :

It is the hernia that is caused by a true trauma on the abdominal wall, and the force is either :

a) *direct local force* :

The claimant receives a direct local trauma, practically crushing in character that leads to damage'of the abdominal wall not necessarily tearing of the wall as by trying to keep a slipping bar, falling from a height hitting the abdomen or from a crushing force.

b) *generalised force* :

A blunt force to the abdominal wall, the effect of which is transmitted to the weakest point and may be some distance from the point of injury. Some surgeons as Loyal Davis (1957) believe that unless there is a performed sac in the inguinal canal,no amount of trauma will produce an indirect inguinal hernia. This type of force may produce, too, a direct inguinal hernia, and again surgeons believe that usually there is an important predisposing cause for its development and that is a weak posterior inguinal wall.

But as this hernia appeared after such a type of force, one should blame the force not the workman because the hernia did not appear

scended or late descent of testicle, inherited weakness of abdominal wall and patent ring, postoperative scar, relaxation of abdominal parcetes, and obesity, the medico-legal exciting causes are : acute strain, direct trauma and chronic strain.

There is a general wide conception among surgeons and factory doctors that hernia is a disease which develops gradually, being uncommonly if not rarely the result of an accident. They hold the opinion that the real traumatic hernia is resulting from the application of force to the abdominal wall either puncturing or tearing the wall.

The data on the age incidence in the cases studied and believed by the author to be of industrial hazards and those operated upon in the Alexandria University Hositals indicate two well contrasted entities surgical or industrial More than half of the cases considered to be industrial injuries fall in the fourth decade of life, while only about one quarter of the hospital cases, considered to be a disease, fall in that age group.

Again considering the underlying factors, these industrial cases differ from the surgical cases. While in the cases studied there was more or less a certain underlying factor of a sudden heavy strain or a sudden effort or a blow on the body of the claimant, in the surgical cases no hisof such underlying factors can be elicited.

The clincal findings in these two different types of hernia traumatic or a disease, differ a considerable degree too. The general examination in the cases studied revealed no apparent congenital factor or a malformation in their constitution. The maximum incidence concerning the site of the hernia of the cases studied revealed that more than half of the cases were right inguinal hernias. Most people are right handed and most of the strain usually falls on the right side of the body. The type of hernia, although not a criterion, illustrates that the direct inguinal hernia was quite common. The size of the hernia (being in 80% of the cases of a small size) shows its recent origin and not a gradually developing hernia from early life, i.e. the hernia did not exist prior to the alleged accident and is of a recent origin. The pain which accompanied too the appearance of the hernia in the cases studied, was noticed to be sudden. A remarkable point to be mentioned is that this pain was not in every case anguish, only in 40% of the cases. In the belief of the author the feeling of very severe pain and malaise should not be considered an important

suddendly develop a hernia in later decades of life. One may reasonbly assume that a congenital sac was always there, but the abdominal inguinal ring was effectively closed by muscular effort until the patient reached he age of poorer muscle tone and suddenly engaged in severe muscular effort. So one can state that without such a severe muscular effort, i.e. an industrial effort, hernia will not appear.

Many classifications have been suggested by different authors. Imbert(1939) has proposed an arbitrary classification, based both on the history and the clinical findings immediately after the injury. He classified hernias as hernia "de force" and hernia "de faiblessé". He characterised the hernia "de force" as a hernia produced by unusual effort in an unfavourable position to assume the effort. It is accompanied by severe pain and sensation of anguish. The hernia is small, tender, unilateral with the external ring tight. The characteristics of a hernia 'de faiblesse' are diametrically opposite to those of a hernia 'de forcé', with a weak or defective abdominal wall.

Kessler (1941) has based his classification, according to the nature of the causative factors of the traumatic hernia, into seven categories:

Severe local direct force.
Severe general direct force and indirect force.
Severe indirect force
Severe indirect force, steady but not sudden.
Ordinary strain, hernia not pre-existing.
Ordinary strain, hernia probably pre-existing.
Aggravation of pre existing hernia.

Surgeons classify hernia according to its site. The inguinal hernia is classified too into direct and indirect inguinal hernia. The direct inguinal hernia is one that passes through the postinguinal wall medial to the inferior epigastric vessels in the area bounded by Hesschbach's triangle. The indirect hernia is the hernia that passes through the inguinal canal and may descend into the scrotum.

From the medico legal point of view, hernia is either congenital or acquired, in which a cause and effect sequence is usually the determining factor. The causes may be grouped also under two headings : predisposing and existing. Predisposing medico-legal cases could be listed, except those of increased intra-abdominal pressure as ; congenital hernia, congenital phemosis, congenital operatures, unde-

The difference in the age incidence between the hernia considered as a disease and the hernia in the studied cases is remarkable. Also, the underlying factors causing hernia are of utmost importance. Carrying, pushing or pulling a heavy weight is considered as an unusual effort beyond that which is required for routine work or which is exercised by the injured in an unfavourable position to assume the effort. This is called by Imbert (1939), a hernia de force' and its immediate cause is a sudden effort or severe strain. The hernia immediately follows the accident and is accompanied by pain which compels the labourer to cease work. Examination of such cases in the studied series, showed that this type of hernia was found to be tender, painful, hard and difficult to reduce, unilateral, small and the external inguinal ring was tight.

Falling from a height on the abdomen or falling of a heavy weight on the abdominal wall are considered means of a direct injury.

Riberio (1925) observed that the proportion of a hernia resulted from a dirct injury is less than 1 %, Kessler (1941) found that they occurred in about 0.3 % of his series of cases. These figures were low because these authors considered only the crushing type of injury as for example the passage of a wheel over the pelvis and lower abdomen, they stated that the hernia was associated with other severe injuries such as fractured pelvis. There are other mechanisms of producing a hernia from a dircet trauma. For example, two men were carrying a heavy rail of iron between them, one suddenly let his end go and the other tried to hold it by raising his thigh for support and the bar hit him directly on the groin. Another example was of these cases who fell and hit their abdominal wall. The effect of the trauma is usually transmitted to the weakest point which may be at some distance from the point of injury with the result of a hernia. The hernia may be a direct or an indirect inguinal hernia. For the occurence of the indirect inguinal hernia, a congenital predispostion is also an important factor, for unless there is a performed sac in the inguinal canal no amount of trauma will produce it. On the other hand, unless such a severe trauma occurred no hernia would result.

Cases which as was mentioned, could not give a certain cause and where hernia appeared during the routine heavy work and was associated with the element of surprise, were usually in the later decades of life. The shutter action of the abdominal inguinal ring and the inguinal canal is a fact which largely explains why a physically active man does not develop an indirect inguinal hernia during his active years but may

the reducibility of the bubonocule encountered was not easy and showed resistance, yet typing the cases into reducable hernia or otherwise was not considered of importance in the differentiation if the hernia is compensable or not.

d) *Size of the hernia* :

Since they were of recent origin, all the cases were of small size, 80% less than the size of a lemon, and 20 per cent were of a slightly bigger size.

e) *Signs accompanying the appearance of the hernia* :

1. severe sudden pain in the groins that made the patient stop his work and brought him to a state of anguish 40 per cent.

ii. slight sudden pain, patient could carry on with his work but felt fatigued : 30 per cent.

iii. feeling of something bursting in the groins : 10 per cent.

iv. feeling pain in the groins accompanied by pain in the neck : 10 per cent.

v. not feeling much pain in the groins but the sensation of a belt tightening him : 10 per cent.

It can be seen that pain was a constant observation accompanying compensable hernia. This pain, however, differs in its intensity and site.

DISCUSSION

The consideration of hernia as an industrial injury has been a matter of dispute among surgeons, employers physicians and in the legislation of different countries In the U.S.A. the different State Laws sometimes contradict eachother to a great extent. The New Jersy law, for example, is specifically designed to pay for only a small percentage of hernias. A more liberal attitude is that expressed by the Utah Commission when it states that the issue of predispodition to hernia should be regarded as unimportant, and any hernia resulting from strain, wrench or other industrial injury, whether complete or incomplete, is compensable.

Underlying factors :

The claimants, in the studied series, attributed their hernia to various factors which could be classified as follows :

a) carrying a heavy weight : 54 per cent
b) pushing a heavay weight : 20 pzr cent
c) pulling a heavy weight : 6 per cent
d) a heavy weight falling on the worker : 6 per cent.
e) falling from a height : 4 per cent
f) no certain cause mentioned : 10 per cent.

In cases of carrying, pushing or pulling a heavy weight the immediate cause was a sudden effort or severe strain. Hitting the abdomen through falling from a height or a heavy weight falling on the abdominal wall were cases suffering a direct trauma. Cases which could not give a certain cause i.e. those where hernia appeared during the routine heavy exerting work and where the hernia was associated with the element of surprise, fell in the later decades of life.

5. *Clinical findings in the studied cases* :

a) General condition : In the fifty cases studied, general medical examination showed that all the systems in the body were normal. The Prostate was not enlarged in any of them,and urine was free from sugar and albumen.

b) *Site of the hernia*

right inguinal hernia	54 per cent
left inguinal hernia	30 per cent
double inguinal hernia	10 per cent
ventral hernia	6 per cent

c) *Type of hernia*

although the type of hernia is not a criterion of traumatic origin, but for the purpose of classification it was noted that 40 per cent of the studied cases were direct inguinal hernias, 54 per cent were indirect inguinal hernias and 6 per cent were ventral hernias. The phenomenon of patency of the external inguinal ring was not found to be a definite criterion as a tendency to the acquistion of hernia. Although

Results :

1. *Age incidence* :

Grouping of the fifty cases studied according to their age showed :

21 to 30 years old	4 per cent
31 to 40 years old	56 per cent
41 to 50 years old	16 per cent
51 to 60 years old	12 per cent
61 to 79 years old	12 per cent

The official records of the Alexandria University Hospitals show rather a different age incidence; the hernia in these cases was accepted as a disease :

0 to 10 years old	7.2 per cent
11 to 20 years old	14.0 per cent
21 to 30 years old	21.2 per cent
31 to 40 years old	26.4 per cent
41 to 50 years old	17.6 per cent
51 to 60 years old	12.4 per cent
61 to 70 years old	1.2 per cent

If the cases falling in the first and second decade of life are not counted in the above mentioned hernia (hernia as a disease), the age incidence will be as follows :

31 to 30 years old	26.9 per cent
31 to 40 years old	33.5 per cent
41 to 50 years old	22.7 per cent
51 to 60 years old	15.4 per cent
61 to 70 years old	1.5 per cent

It is quite obvious that there is a big difference in the age incidence between the occurrence of hernia as a disease and the hernia in the cases studied which are considered by the author an industrial injury. Although the maximum age incidence in the two categories lies in the fourth decade of life yet the percentage for this age group in the cases studied (56) almost is double that of hernia as a disease (33.5). Another remarkable point is that in the third decade of life the incidence of the hernia as a disease is about seven times that in the series.

Italian legislation	10 per cent
Swiss laws	15 per cent
Brourdel	20 to 30 per cent
Sachet	5 to 50 per cent
Guide Barème	10 to 20 per cent
Barème belge	
unilateral inguinal	5 to 20 cent
bilateral inguinal	10 to 30 per cent

In the case of strangulation, with the great necessity of surgical interference, Imbert (1939) considers the refusal of a man to be operated upon as next to suicide and suggests that no compensation be allowed to him. In the U.S.A. most of the court decisions are favourable to the injured person, and death arising from a refusal to be operated upon has been compensated in full as death from accident. According to the general rule in the U.A.R. legislation, the labourer is only compensated for the hernia as he knows that if he is not operated on,death usually will follow.

In case of a recurrent hernia, it should be either operated upon again at a favourable opportunity or, according to the U. A.R. law, compensated as a hernia that is not operated upon.

It is the rule that before the labourer joins his work, he is medically examined and one of the requirements for appointment is that there should be no existing hernia. The problem usually arises when a hernia appears during work, and it has to be decided whether it is a disease unrelated to the work or an industrial accident i.e. due directly or indirectly to industrial hazards. It is the purpose of this study to analyse the different factors underlying hernia and state the medical and legal points of view.

Material :

Fifty cases were collected and completely studied, all of them were claimants of compensation for their hernia as an industrial accident; and in the author's view were compensable. The data in their files were fully studied and they were grouped according to age incidence underlying factors; and analysed according to the clinical findings. All the cases were male Egyptian subjects.

HERNIA AS AN INDUSTRIAL ACCIDENT

By

GEORGE S. EL-ASSAL *M.R.C.P.*

Assistant Professor of Forensic Medicine,
Faculty of Medicine, Alexandria University

Hernia is defined as a protrusion of a viscus or organ from its normal situation within a cavity through the walls of this cavity. For consideration of hernia as an industrial accident, there are certain postulates that must be satisfied by the claimant before his hernia can be considered compensable. The claimant has to prove that such a hernia occurred because of and during his work, and forthwith he has to declare such an accident to the police and a note should be recorded. It must be proved that there was an injury resulting in hernia which appeared suddenly, did not exist prior to the accident but followed, it, was of a recent origin and accompanied by pain.

Some men with a hernia are completely disabled from doing heavy manual work, while others are able to carry on with an increasing size of the hernia. Meck (1919) stated that a hernia reduces a man's general efficiency at least 25 per cent, but he did not specify the size and extent of the hernia, the type of man, his work, his age or his general condition. In the majority of cases, a medical operation is the remdey that will effect a cure and the return of the claimant to his job. Recurrence are nct common, and in Colay's series (1918), they were less than 5 per cent. If operation is contraindicated, the workman is entitled to compensation. Disabilities of hernia in the U.A.R. are valued as follows (Sherif 1959) :

Inguinal hernia	10—20%
Femoral hernia	10—30%
Double inguinal hernia	20—30%
Umbilical hernia	10—20%

Foreign schedules give the following values for hernia (Kessler 1941) :

French jurisprudence	10 to 31 per cent
German jurisprudence	10 to 50 per cent
Swedish legislation	15 per cent

les moyens d'y parer et de les prévenir, la maternité et son rôle, les clubs d'enfants, la participation de la mère à la vie pratique et ses effets sur l'enfant la famille et la société, les familles de substitution, l'adoption, les lois protectrices de l'enfance et de la famille, les jouets et leur rôle, l'anecdote, les moyens auditifs et visifs, la musique, le chant et le choeur, le dessin et les travaux d'art, relations de l'enfant avec la personne surveillante, l'alimentation des enfants.

En ce qui concerne les entraîneurs de différents métiers (quatrième catégorie) ils apprennent leur rôle dans la structure technique de l'établissement, les moyens de découvrir les talents et les développer, les métiers faciles et utiles à enseigner et leur détermination d' après le sexe et l'âge etc...

Enfin les médecins qui servent aux mineurs prêtent leurs oeuvres sur la base de contrats.

Nous avons fait état ci dessus, de la façon dont est résolu dans la République Arabe Unie, le problème de l'entraînement du personnel chargé de traîter les délinquants adultes et les mineurs délinquants ou inadaptés.

Tandis que le personnel des prisons est dirigé par l'élément policier, cet élément manque complètement dans les établissements pour mineurs.

Mais l'époque actuelle marque un progrès sensible dans l'entraînement des deux genres de personnel et on prévoit dans ce domaine, un avancement croissant et incessant, au fur et à mesure que soit enraciné dans les consciences, le fait que la délinquance est un état pathologique à soigner, plutôt qu'une faute à châtier, et que, dans son combat, la violence devrait de plus céder sa place aux procédés techniques et humanitaires.

visites, reçoit chaque année de chaque province, deux membres à choisir du personnel, par rapport à la spécialisation pour laquelle ce programme même est organisé.

Le second programme local est tracé annuellement pour les quatre catégories du personnel travaillant dans la région.

C'est un programme de conférences que pose le centre d'entraînement du personnel institué sous les auspices et avec l'aide de l'UNICEF (United Nations Children's Fund).

En 1960, quatre centres de ce genre ont été fondés au Caire, à Alexandrie, à Assiout et à Mansoura.

Neuf autres centres ont été ensuite constitués dans d'autres provinces, en 1965.

On pourrait citer à titre d'exemple les matières du programme spécialisé qui est organisé annuellement au Caire.

Ces matières sont pour les spécialistes en service social : le problème des mineurs, les facteurs sociaux et économiques d'inadaptation des mineurs, les facteurs physiques, psychiques et mentaux de cette inadaptation, l'influence des moyens de publicité, le problème du loisir, les besoins fondamentaux des mineurs, la responsabilité de la famille et de l'école, les orientations nouvelles dans l'administration et l'organisation des établissements pour mineurs, le rôle du spécialiste en service social au sein des établissements, le rôle de la police et des tribunaux dans la solution du problème, discussion de cas pratiques, les investigations sociales dans le domaine des mineurs inadaptés, l'organisation de la famille du point de vue de la réligion,de la médecine et de la société.

Un autre exemple pourrait être tiré du programme annuel que le centre d'entraînement organise pour toutes les catégories du personnel.

Parmi les matières que ce programme développe pour la catégorie des surveillants et de ceux qui entrent en contact direct avec les mineurs, (deuxième catégorie) on peut mentionner :- étude analytique de la psychologie infantile à travers les diverses phases d'évolution, la famille exemplaire et ses éléments, les facteurs de désintégration de la famille et

La quatrième est celle des agents professionnels, tels que les surveillants d'alimentation ou d'hygiène, les infirmiers ou les infirmières, et les entraîneurs en différents métiers.

Pour la nomination du personnel des établissements publics, un entraînement préparatoire est obligatoire par rapport à la première catégorie.

Les spécialistes en service social, étant choisis parmi les licenciés en lettres (section de sociologie) ou les diplômés de l'Institut supérieur de service soical, les administrateurs pouvant être élus des licenciés en droit ou en économie et commerce, suivent tous avant d'être nommés un programme d'entraînement qui dure trois mois pour les permiers ét deux pour les derniers. Dans un mois ils fréquentent un cours théorique sur les mineurs, leur inadaptation, leur traitement et leur lois. Puis les spécialistes en service social passent deux autres mois d'entraînement pratique, l'un dans des régions urbaines et l'autre dans des zones rurales. Les administrateurs passent un second mois de pratique dans des visites aux établissements pour se rendre compte de leur système et de leur comptabilité. Enfin ils subissent tous un examen écrit et oral.

Les membres de la seconde catégorie (les surveillants) sont choisis parmi les titulaires d'un diplôme secondaire de service social, mais sans programme préparatoire.

Ceux de la quatrième catégorie sont nommés après une annonce et un examen qui est suivi, en cas de réussite, par un contrat. Quelquefois on leur organise un programme préparatoire.

Par suite del la première promotion, les spécialistes en service social ainsi que les titulaires d'un degré supérieur ou d'université suivent un programme avancé d'entraînement, consitant dans un enseignement théorique et des visites à faire, aux établissements des mineurs.

D'autre part, deux programmes annuels sont organisés, l'un est spécialisé et se déroule au Caire, et l'autre est posé par le centre régional d'entraînement du personnel s'occupant de l'enfance et de la famille.

Le premier programme consistant dans des conférences et des

Voici les traits saillants du système suivi par la République Arabe Unie dans l'entraînement du personnel pénitentiaire.

Le centre d'entraînement et d'habilitation reçoit aussi des officiers des pays arabes, destinés au travail pénitentiaire.

Il a entraîné des officiers provenant du Soudan, de l'Algérie, du Liban, du Yemen, de l'Arabie Saoudite et du Kuwait.

Le 12 février 1962, M. le Prof. Lopez Rey, alors directeur de la section de défense sociale des Nations Unies, a donné au personnel du centre quatre conférences. Une visite au centre a été faite également par M. Patrik le directeur de l'Association de post - cure a Otawa, et par M. Gewa le directeur des prisons nigeriens.

Cependant, il n'a été pas encore possible, d'enseigner au centre toutes les matières spécifiées par la recommandation no. 17 de l'ensemble des résolutions du premier Congrès des Nations Unies, à propos du choix et de l'entraînement du personnel pénitentiaire.

De plus, on devrait donner à ce personnel un traitement particulier du point de vue des salaires, conformément à la recommandation no. 6 des dites résolutions laquelle vise à distinguer les travailleurs des prisons, des autres fonctionnaires publics, et prescrit en faveur d'eux, des avantages financiers aptes à les encourager. En effet, la solution des problèmes des prisonniers, requiert une sérénité d'esprit laquelle manquerait à qui est animé par le souci des besoins personnels.

Enfin, on n'a pu fonder aucun centre régional d'entraînement de ceux prévus par la recommandation no. 20 des résolutions susdites.

* * *

Quant aux établissements pour mineurs délinquants ou vagabonds, leur personnel est au contraire déporvu de tout élément policier.

En effet, ce personnel se divise en quatre catégories.

La première est celle des spécialistes en service social, des administrateurs et des directeurs d'établissements.

La seconde contient les surveillants et ceux qui sont en contact direct avec les mineurs.

La troisième se rapporte aux membres des conseils d'administration (lesquels sont des volontaires ayant des qualifications variées).

Le programme dure trois semaines, et consiste dans soixante dix-huit conférences.

Quant au programme de renouvellement des connaissances, il dure dix jours et contient comme matière nouvelle, des principes de psycho sociologie.

Ici, il ne convient pas d'exposer d'une façon detaillée, le contenu des dites matières. Toutefois, à titre d'exemple, on pourrait mentionner les sujets sur lesquels porte la matière des relations humaines. Ils sont : la définition des relations humaines, la nature humaine, la conduite humaine dans les sociétés organisées, la conduite individuelle, les besoins fondamentaux de l'homme, la conduite collective, l'influence de cette conduite et la dynamique du groupe, direction et surveillance, et la diminution du conflit entre les buts publics et les buts privés.

En ce qui concerne les agents de police, ils réjoignent, après avoir fait une pratique sur place, le groupe ainsi dit de "gardiens nouveaux" pour suivre un programme primaire d'orientation spécialisée, lequel dure trois semaines, porte sur treize matières dont la plupart est identique à ce qu'on vient d'indiquer par rapport aux officiers, et contient soixante douze conférences.

Dans trois autres semaines, ils apprennent, en outre, la tactique, la lutte et la défense de soi même.

La matière de "relations humaines", laquelle fait partie de leur programme, traite des sujets suivants : I) La définition des relations humaines, la conduite de l'individu, les motifs, l'instinct, les besoins psychiques (d'amour et de travail) 2) des sujets divers comme les différences de caractère et de tempérament, l'influence de la société sur l'individu, l'intelligence, l'indépendance, le moral 3) des notions spécialisées sur : le prisonnier, la diversité des modes de conduite, la contribution à satisfaire les besoins légitimes, les besoins sérieux et simulés, le fait que la violence n'est pas indispensable à la conservation du prestige.

Comme nous venons de le dire par rapport à tout le personnel pénitentiaire quelqu'en soit la catégorie, les agents de police doivent eux-aussi, tous les deux ans, suivre un programme de renouvellement des connaissances.

Naturellement, les programmes primaires, se terminent, d'habitude, par un examen.

Les spécialistes en service social sont, soit licenciés en lettres (section de sociologie) soit diplômés de l'Institut supérieur de service social.

D'habitude, les étudiants de la dite section de la Faculté des lettres ou du dit Institut, passent une période de stage, dans les prisons, avant de terminer leurs études.

Il incombe aux agents de service social de remplir trois fonctions délicates : I) la réception des arrivants, la vérification et la résolution de leur cas. 2) l'occupation du loisir et la culture en groupe.3) La post-cure.

Une caractéristique commune à toutes les deux catégories d'agents pénitentiaires, est la nécessité d'avoir été entraîné dans le travail des prisons, non seulement pour y faire service, mais aussi pour être maintenu dans ce service même.

Un entraînement est toujours indispensable, au commencement du service, et continuellement après.

Personne n'est admis au service, qu'il soit policier ou civil, sans avoir subi premièrement un entraînement théorique sous forme d'un programme primaire d'orientation spécialisée.

Ensuite, chacun doit suivre un programme de renouvellement des connaissances tous les deux ans, afin d'être mis au courant de toute innovation en matière pénitentiaire.

Méritent une attention particulière, les programmes d'entraînement de la catégorie policière, c'est-à-dire des officiers et des agents de police.

Le programme primaire d'orientation spécialisée, destiné aux officiers, leur apprend seize matières : 1) l'organisation, les objectifs et la mission de l'Administration pénitentiaire. 2) principes d'administration générale 3) relations humaines 4) la loi sur les employés civils de l'Etat 5) Comptabilité 6) magasins 7) contrats et achats 8) l'évolution du traîtement des prisonniers 9) les systèmes des prisons et le règlement des sanctions pénitentiaires 10) service social 11) consignes et cantines des prisonniers et orientation professionnelle 12) fiches et statistique 13) la loi sur la police et les pouvoirs des directeurs des prisons 14) les procès-verbaux de l'Administration pénitentiaire 15) études mentales et éclairement politique 16) incendie et défense civile.

En 1957, le nom du dit institut a été abrégé en "Centre d'entraînement et d'habilitation".

Réorganisant l'Administration pénitentiaire, l'ordonnance ministérielle no. 132 de 1963, a constitué dans cette administration une section d'entraînement, compétente de la préparation technique des agents pénitentiaires policiers et civils.

Un comité supérieur d'entraînement a été formé le 27 mars 1966 par une ordonnance administrative no. 80 de 1966, pour tracer les programmes d'instruction à suivre dans le centre susdit, relativement à toutes les catégories des agents pénitentiaires, qu'ils soient des chefs ou des subordonnés, des civils ou des policiers.

Après plusieurs réunions, ce comité a posé les programmes à exécuter à partir de l'année 1966—67, c'est-à dire depuis le premier septembre 1966.

Avant d'aborder ces programmes, il convient de donner un aperçu des agents pénitentiaires de la République Arabe Unie, quant aux qualifications qu'ils doivent posséder.

En effet, ces agents se divisent en deux grandes catégories lesquelles sont les policiers d'une part et les civils d'autre part.

La catégorie policière contient des officiers dont on nomme les directeurs des pénitenciers, et des agents de police qui leur sont subalternes.

La catégorie civile comprend des médecins, des pharmaciens, des ingénieurs, des agronomes, des prédicateurs et instituteurs et des spécialistes en service social.

Ils sont secondés, eux aussi, par des subalternes tels que les infirmiers et les infirmières, les assistants de laboratoire et de radiologie, les ouvriers professionels ou agricoles.

Ily a enfin des employés (copistes) et des comptables.

Ceux qui méritent une attention particulière, sont les policiers et les spécialistes en service social.

Les officiers sont pour la plupart licenciés en sciences policières et juridiques selon le nouveau régime de l'Académie de police. Autre ment dit, ils sont en même temps licenciés en droit.

NOMINATION ET ENTRAINEMENT DU PERSONNEL PENITENTIAIRE (1)

par **RAMSES BEHNAM**
Professeur de Droit Pénal et de Criminologie
à la *Faculté de Droit d'Alexandrie* (R. A. U)

Envisager les délinquants pour les reconduire au juste chemin, c'est un des problèmes les plus difficiles de l'humanité.

C'est que chaque individu d'eux, est différent des autres, quant à sa personnalité et son histoire.

On ne saurait les soumettre tous au même mode de traitement, leurs maux n'étant pas identiques.

Pour cette raison, il est indispensable de bien sélectionner et entraîner le personnel pénitentiaire, pour qu'il soit à la hauteur de sa tache fort délicate et que soit accomplie la mission du droit pénal consistant dans le combat de la délinquance et l'assainissement de la société.

Par rapport à la République Arabe Unie, la question fut prise en considération depuis longtemps, dans le but de se conformer d'ailleurs au mouvement mondial de réforme pénitentiaire.

En 1945, l'Administration pénitentiaire, organisa une école pour les élèves candidats aux postes de gardiens en prison.

Dans un semestre de cours, ils faisaient une étude pratique et suivaient des leçons sur les systèmes administratifs et les directives aptes à garantir la bonne exécution de leur devoir.

Animée par le souci d'adopter autant que possible, les méthodes scientifiques, une ordonnance ministérielle no. 78 du 13 octobre 1956, fonda un institut d'entraînement et d'habilitation pour le personnel pénitentiaire policier aussi bien que civil. Cette ordonnance n'était, en effet, qu'une adhésion aux résolutions du premier Congrès international des Nations Unies en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955.

---

(1) Rapport à présenter au 4ème Congrès international des Nations Unies, en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants (1970).

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT

DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

14 ème ANNÉE, 1969

Nos. 3 et 4

ALEXANDRIA UNIVERSITY PRESS

1970

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XIV

1969 – No. 3, 4